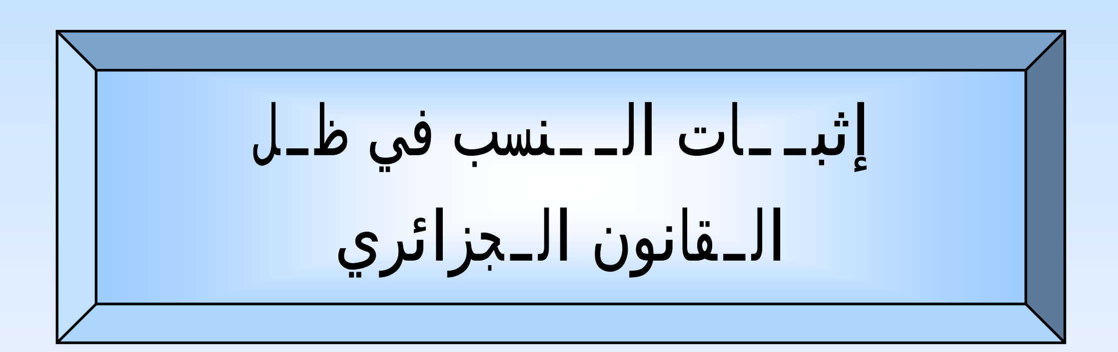
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العـــدل



مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء

بعنوان



إثبـات الـنسب في ظـل الـقانون الـجزائري

مـن إعـداد الطـالـب القـاضـي

ليهوم سامي

الدفعـة الثانيـة عشـر

فترة التكوين : 2004 / 2001

مقدمــــــــــــة:

يعرف القانون المدني عقد البيع في المادة 351 منه علـى أنّـه " عقـد يلتـزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقـدي "
ويستخلص من هذا التعريف أن عقد البيع هو:
* عقد رضائي (كقاعدة عامة) (Consensuel)
* عقد ملزم للجانبين (Bilatéral)
* عقد معاوضة (à titre onéreux)
* عقد ناقل للملكية

و كون عقد البيع عقد ملزم لجانبين فهذا يعني أنه متى تم العقد صحيحا بجميع أركانه فإنه يقع على عاتق طرفيه (أو أطرافه) التزامات متقابلة في ذمة كـل متعاقـد منهم تخول لأحدهم الدفع بعدم التنفيذ (م 123 ق.م) أو طلب فـسخ العقـد (م 119 ق.م) وذلك متى توافرت شروطها[1].

و ما يهمنا هنا هو الإلتزامات الواقعة على عاتق البائع بسبب عقد البيع الواردة ذكرها في القانون المدني (دون حاجة إلى النص عليها في العقد ذاته).
هذه الالتزامات هي:

1- الإلتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (م 361 ق.م)
2- الإلتزام بتسليم المبيع إلى المشتري (م 364 ق.م)
3- الإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق (م 371 ق.م)
4- الإلتزام بضمان العيوب الخفية (م 379 ق.م)

و موضوع بحثنا الحالي ينصب على الإلتزام الثالث ألا و هو " **ضمان التعرض و الإستحقاق**" فما مضمون هذا الإلتزام ؟ و ماهي أحكامه و شروطه ؟
- **قبل** التطرق إلى مضمون هذا الإلتزام و تعريفه سوف نتطرق أولا لأهميته:
- **ذلك** إن فكرة الضمان فكرة قديمة ارتبطت في وجودها بقلق الإنسان و بحثه الـدائم عن السلامة و الأمن. و في المقابل فإن القواعد العامة للقانون لا تحقـق و لا تـضمن دوما النهاية الحسنة و المثلى لأهم التصرفات القانونية المبرمة بين الأطراف. حتى مع وجود أحكام تتعلق بجبر الضرر الحاصل (التعويضات و أحكام المـسؤولية حـسب القواعد العامة) فإن ذلك غير كاف. **لذلك** وضعت على عـاتق المـدين (المتعاقـد) إلتزامات أخرى أشّد يكون الهدف منها تأمين التنفيذ الجيد للعقد و بالتالي طمأنة الطرف

---

(1) ـ الفسخ هو حق العاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب حل العقد ليتخلص بدوره من التزامه الذي أصبح بلا سبب متى تخلّف الطرف الآخر عن التنفيذ. فيترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي **أما** الدفع بعدم التنفيذ فيكون كذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء (أي أن الالتزام غير مقترن بأجل) فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به (مجرد وقف الالتزام فقط مع بقاء العقد)
أنظر الوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمد حسنين ص 123 و 128 المؤسسة الوطنية للكتاب- ط 1983.

الآخر المتعاقد. و مضمون هذه الالتزامات هو فكرة الضمان[1]. **و ما** الالتزام بـضمان التعرض و الإستحقاق إلاّ جزء و نوع منه.
الآخر المتعاقد. و مضمون هذه الالتزامات هو فكرة الضمان[2]. **و ما** الالتزام بـضمان التعرض و الإستحقاق إلاّ جزء و نوع منه.
- **و بصورة** مبسطة بهدف توضيح مضمون هذا الإلتزام مبدئيا يمكن أن نمهد له كما يلي:

لا يكفي أن يقوم البائع بإتمام إلتزاماته المتعلقة بنقل ملكية المبيع و تسليمه إلى المشتري بل يجب عليه كذلك أن يضمن له بقاء الملكية و الإنتفاع بها و يشمل ذلك ضمان حيازة المبيع حيازة هادئة و نافعة ابتداء من حصول التسليم، فإذا وقع للمشتري تعرض يعكر حيازته أو يخشى معه على المبيع أن ينزع منه جاز للمشتري أن يطالب البائع بضمان التعرض والإستحقاق[3] و ذلك متى توافرت شروط سوف نتطرق لها بالتفصيل لاحقا.

لكن هذا التعريف المبدئي يثيرنا إلى التساؤل الآتي: هل هذا الإلتزام إلتزام مستقل أم يمكن القول أنه مجرد فرع يتعلّق و منبثق عن الإلتزام بنقل الملكية ؟

إذا قلنا إن الضمان هذا فرع من إلتزام البائع بنقل الملكية لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض و الإستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة ذلك أنه ما دام البائع ملزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة.

فهو إذا لم يكن مالكا (هذا هو موضوع الإستحقاق الكلي) كان المبيع ملك الغير وكان للمشتري دعوى الإبطال و **إذا** كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على هذا الأخير حقوق للغير (هذا هو موضوع الإستحقاق الجزئي) فإن الملكية التي تعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشتري كاملة.و من ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض إن كان له مبرر.

لكن القانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المذكورتين أعلاه **دعوى الضمان** و هي تختلف عن **دعوى الإبطال** (إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض أمام دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض)

كما تختلف أيضا دعوى الضمان عن **دعوى الفسخ** (فدعوى الضمان سببها قيام عقد البيع. و التعويض فيما تولت النصوص تقديره بالتفصيل فهو غير متروك

---

[1] La Notion D'obligation de Garantie dans le droit des contrats (Bernard Gross) p.n° 2 L.G D de J. PARIS 1964.
[2] La Notion D'obligation de Garantie dans le droit des contrats (Bernard Gross) p.n° 2 L.G D de J. PARIS 1964.
[3] - عقد البيع. سليمان مرقس الطبعة الرابعة سنة 1980 . عالم الكتب ص 364.

لتقدير القاضي على خلاف الحال في دعوى الفسخ والتي تفترض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد) [1].

و منه نستخلص مما سبق ذكره أن الإلتزام بالضمان إلتزام مستقل و دعوى الضمان المتعلقة به دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال و دعوى الفسخ و يؤكد ذلك
نص المادة 375 ق.م الفقرة الأخيرة التي تنص" **كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله** " [2]
ومما تجدر ملاحظته أن الإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق إلتزام تجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية. بل و إلى كل عقد ينقل الحيازة و الإنتفاع لاسيما إذا كان العقد من المعاوضات و بمدى أضيق في التبرعات [3] و **إنما** اقتصر بحثنا هنا على هذا الإلتزام في عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ذلك أن عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه إستعمال هذا الضمان إضافة إلى أن أحكام الضمان فيه جاءت مفصلة.

بعد هذه **المقدمة** البسيطة فإننا سوف نتطرق إلى هذا الإلتزام فيما يلي بصورة مفصلة و موسعة حسب خطة تتكون من فصلين. يكون **الفصل الأول** خاصا بمفهوم التعرض[4] (بمفهومه الواسع)، نتطرق في كل مبحث من المبحثين إلى نوع من أنواع هذا التعرض:

1- التعرض الشخصي (مضمونه، شروطه......)
2- تعرض الغير (مضمونه، شروطه........)

أما **الفصل الثاني** فنخّصصه لآثار قيام هذا الإلتزام (متى توافرت شروطه) نتطرق في **المبحث الأول** لأحكام التعرض الشخصي (الأحكام القانونية و الأحكام الإتفاقية) أما **المبحث الثاني** فنخصصه لأحكام تعرض الغير (الأحكام القانونية و الأحكام الإتفاقية)

و أما **الخاتمة** فنتطرق فيها إلى مدى إمكانية أن تكون هذه الأحكام الخاصة بعقد البيع في القانون المدني نظرية عامة يمكن تطبيقها على جميع العقود الأخرى الناقلة

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة المجلد 4 ص 618 619 دار النهضة العربية، القاهرة.
[2] - السنهوري. المرجع السابق . ص 619 و ص 622.
[3] السنهوري. المرجع السابق . ص 619 و ص 622.
[4] كما أشار الدكتور السنهوري في مرجعه المذكور سالفا " أن البائع ليس ملتزم بالتزامين، التزام بضمان التعرض و آخر بضمان الاستحقاق بل هو التزام واحد هو ضمان التعرض. فإما أن ينفذه عينا أو ينفذه بطريق التعويض (متى استحق الغير للشيء المبيع) و هذا هو ضمان الاستحقاق " أنظر ص 659 و 660.

للملكية أو الحيازة أو الإنتفاع ؟

و في **الأخير** نضيف ملحقا يتعلق بأحكام التعرض و الإستحقاق فـي الـشريعة الإسلامية مستمدة من كتاب " العقود المسماة في الفقـه الإسـلامي (عقـد البيـع)" لمصطفى أحمد الزرقا.

وإن كان هذا يخرج عن موضوع و عنوان بحثنا، و إن كان لا يمثل رأي كل المذاهب الإسلامية على كثرتها و إختلافها.و إنما أردنا تقديم مثال فقط عن نظرة بعض الفقـه الإسلامي لهذا الضمان بهدف تعميم الفائدة.

الخـــــطة

مقـــدمة

الفصل الأول: سبب الإلتزام بضمان التعرض.

المبحث الأول: مفهوم التعرض الشخصي.

المطلب الأول: شروط قيام التعرض الشخصي.
المطلب الثاني: مضمون التعرض الشخصي.

المبحث الثاني: مفهوم التعرض الصادر من الغير.

المطلب الأول: شروط قيام التعرض الصادر من الغير.
المطلب الثاني: مضمون التعرض الصادر من الغير.

الفصل الثاني: محل الإلتزام بضمان التعرض.

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بالتعرض الشخصي.

المطلب الأول: الأحكام القانونية.
المطلب الثاني: الأحكام الإتفاقية.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالتعرض الصادر من الغير

المطلب الأول الأحكام القانونية.
المطلب الثاني: الأحكام الإتفاقية.

خـاتمة

الفـــصل الأول

سبب الإلـتزام بضمـان التـعرض

الفـــصل الأول

سبب الإلـتزام بضمـــان التـعرض

نقصد بسبب الإلتزام بضمان التعرض، التعرض نفسه فلا يمكن أن يقـوم هـذا الإلتزام دون وجود أي تعرض لكن ليس كل تعرض بل يشترط في هذا الأخير قيود و شروط معينة متى توافرت صار ممكنا للمشتري أن يطالب بالضمان **و مـن** خـلال هذا الفصل سوف نتطرق لأنواع التعرض الرئيسية (تعرض شخصي و تعرض مـن الغير) مفهومها، شروطها.

و سيكون أساس دراستنا في هذا الفصل هو نص المادة 371 ق.م التي نصها " **يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالبا بالضمان و لو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"**

و منها سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص فيه **المبحث الأول** لمفهوم التعرض الشخصي أما **المبحث الثاني** فنخصصه لمفهوم التعرض الصادر من الغير.

المـــبحث الأول:

مفــــهوم التـــعرض الشـــخصي

التعرض الشخصي هو كل عمل، مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر صادر من البائع و يكون من شأن هذا العمل حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا.
و التعرض بهذا المعنى ممنوع على البائع القيام به عملا بقاعدة " من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ". " Qui doit garantir ne peut évincer[1] "
و سوف نتطرق في المطلبين التاليين بالتفصيل لشروط هذا التعرض ثم لأنواعه.

المطلب الأول: شروط قيام التعرض:

ليس كل عمل يعدّ تعرضا يصح أن يقوم على أساسه إلتزام بالضمان. بل هناك شروط يجب توافرها، منها ما يتعلق بالتصرف الناقل للملكية في حد ذاته (عقد البيع) ومنها ما يتعلق بالتعرض في حد ذاته.

الفـــرع الأول: الشروط المتعلقة بعقد البيع: و هي:

1) أن يكون العقد عقدا صحيحا: فلا إلتزام بالضمان إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا أو قضي بإبطاله في حالة البطلان النسبي[2].
و يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد أركان العقد. و هي كقاعـــدة عامـــة التراضي، المحل، السبب في العقود الرضائية واستثناءا، الرسمية كركن رابع بالنسبة للعقود الوارد ذكرها في نص المادة **324 مكرر 1 ق.م**. و هي تخص – فـــي مجـــال دراستنا بالنسبة للعقود الخاضعة للقانون المدني – عقود البيع التي تتضمن نقل ملكيـــة عقار أو حقوق عقارية و ذلك تحت طائلة البطلان.
و يكون العقد قابلا للإبطال (بطلان نسبي) إذا شاب إرادة أحد أطراف العقد عيب من عيوب الإرادة (كالغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال) أو أن أحد طرفي العقد كـــان قاصرا مميزا (ناقص الأهلية)

[1] د محمد حسنين عقد البيع في القى.الم. الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية طبعة الرابعة سنة 1994, ص 128.
[2] محمد حسنين، عقد البيع، المرجع السابق ص 128

ومتى ثبت البطلان (بأحد نوعيه) في عقد البيع صار العقد باطلا و ليس له أي وجود قانوني. و منه لا أثر له بوصفه تصرفا قانونيا و لكنه واقعة مادية (و قد يكون له أثر بهذا الوصف) [1].

2) **<u>أن يكون العقد عقد بيع:</u>** و ليس تصرفا آخر لا يتضمن الإلتزام بضمان التعرض.

و مما تجدر ملاحظته هنا: إن المقصود بهذا الشرط، أن هناك من العقود ما لا يتضمن " الإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق " و فأطراف العقد قد يسميان عقدهما بعقد البيع رغم أن حقيقة الأمر و بسبب جهلهما لأحكام القانون ليس بعقد بيع و لا حتى أي عقد آخر يتضمن نقل الملكية أو حيازة الشيء **و بما** أن القاضي غير مقيد بالتكييف الذي يعطيه الأطراف لتصرفهم. و بما أن له السلطة الكاملة في تكييف هذه التصرفات القانونية من جديد فإنه قد يرفض طلب أحد طرفي العقد بإلزام الطرف الآخر بالضمان على أساس أن تصرفهم هذا لا يعد مثلا، عقد بيع و لا يتضمن بطبيعته إلتزاما بالضمان.

كما أننا إشترطنا هنا أن يكون العقد عقد بيع رغم أن هذا الإلتزام مجاله عـدة عقـود أخرى من غير عقد البيع، و هذا حتى نبقى في حدود بحثنا المتعلق بعقد البيـع فـي القانون المدني الجزائري (فهذا تخصيص و ليس تقييد).

و لا يهم أن يكون عقد البيع الوارد على عقار عقد مشهر في المحافظـة العقاريـة أو غير مشهر بها. فرغم أن العقد (رغم كونه رسمي) لا ينقل الملكية في حالة كونـه غير مشهر إلا أنه ينشىء إلتزامات شخصية على عاتق البائع و من هذه الالتزامـات نذكر الإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق[2] .

و على خلاف ذلك ترى الأستاذة ليلى زروقي في محاضراتها المتعلقـة بـ ـ " التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة على القيد " أن الإلتزامات التـي تقع على البائع من تسليم العقار و ضمان منع التعرض و الإستحقاق......تبـدأ مـن تاريخ القيد و ليس من إبرام العقد"[3]

كما أنه لا يهم إن كان البيع بيع مساومة أو بيع مزاد و لو كان بيعا قضائيا أو إداريا.

<u>الفرع الثاني: الشروط الأخرى (المتعلقة بالتعرض في حد ذاته):</u>

<u>1) أن يكون هناك تعرض من جانب البائع:</u> لكي نكون أمام تعرض يجب أن يقع إخلال ما من البائع بإنتفاع المشتري من الشيء المبيع أو يحول دون انتفاعه به كليا أو جزئيا وذلك بصرف النظر عما إذا كان التعرض يقوم على سبب مادي أم قانوني و عما إذا

---

[1] - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ط 83 ص 78.

[2] - في هذا المعنى أنظر: توفيق فرج الوجيز في عقد البيع ،الدار الجامعية، ط 88 ص 118 كذلك سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 365، كذلك السنهوري، المرجع السابق ص 635

[3] - زروقي ليلى " التصرفات الق الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد " من كتاب " المنازعات العقارية "، دار الهومة ، ط 2002 ص 68

كان مباشرا أو غير مباشر [1].

و **مع** ذلك فإن هناك بعض الأعمال لا تعتبر تعرضا من البائع نذكر منها: إستناد البائع إلى حق مستمد له من عقد البيع ذاته كقيامه بالتنفيذ الجبري على المبيع استيفاء للثمن. كذلك الحال مع طلبه فسخ العقد لعدم دفع الثمن، أو متى طلب إبطال العقد متى توافرت شروطه. **كذلك** لا يعتبر تعرضاإستناد البائع إلى حق مخول له من القانون كحق الشفعة لأن إستعمالها لا يتضمن أي إنكار لحق المشتري الأصلي [2]

2) أن يقع التعرض فعلا: أما مجرد احتمال وقوع التعرض فلا يكفي. فإذا هدد البائع المشتري بالتعرض له، لم يكف هذا التهديد لوحده ما دام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل.

3) هل يلزم أن يكون المشتري حسن النية؟ أي يجهل وقت البيع بوجود أعباء أو تكاليف على المبيع (أي يجهل وجود سبب التعرض).

في فرنسا إختلف الفقه إلا أن غالبيته يرى أنه يجب التفرقة أولا بين التعرض الذي قد يؤدي إلى الإستحقاق الكلي أو الجزئي و بين حالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع. ففي الحالة الأولى لا يشترط عدم علم المشتري بسبب التعرض أما في الحالة الثانية فيشترط فيها نيته (أي يشترط في المشتري أن لا يكون عالما بوجود سبب التعرض) و ذلك حتى يمكنه التمتع بحق الضمان تجاه البائع.

أما في مصر فيرى الفقه أنه لا فرق بين الأعباء و التكاليف على البيع و بين الإستحقاق الجزئي من حيث أثر العلم بهم، أثناء البيع **إلا** أنهم اختلفوا في: أي حكم يستغرق الآخر ؟

فهناك من يرى أن المشتري إن كان يعلم بهذه الأعباء.... كان له مع ذلك حق الرجوع بالضمان (باعتبار أن الالتزام بالضمان لا يسقط في حالة الإستحقاق إلا إذا أشترط عدم الضمان و كان المشتري يعلم بسبب الإستحقاق وقت البيع أو كان قد إشترى ساقط الخيار).

إلا أن الرأي الغالب في الفقه المصري يرى عكس ذلك، إذ يرى مد حكم المادة 445 فقرة 2 ق.م (و المقابلة لنص المادة 377 ف 2ق.م جزائري [3] إلى جميع التكاليف التي توجد على المبيع و ذلك في حالة ما إذا أعلم البائع المشتري بما على المبيع من تكاليف. لأنه من شأن هذه التكاليف أن تؤثر على قيمة المبيع كما يؤثر وجود حق الإرتفاق عليه.

و في هذا الصدد يري أيضا الدكتور توفيق حسن فرج أن يعمم حكم المادة المذكورة أعلاه إلى درجة أن يكون سواء علم المشتري بالتكاليف أو بالإرتفاق، سواء

---

[1] ـ توفيق حسن فرج، المرجع السابق ، ص 119.

[2] ـ حسنين، عقد البيع، المرجع السابق ص 129.

[3] ـ هذه الفقرة تتعلق بالاتفاق حول الضمان حول وجود حق إرتفاق، و سوف نتعرض لها لاحقا.

من البائع نفسه أو من أي طريق آخر، حيث يصير المشتري سيء النية و لا يكون له الرجوع بالضمان[1]

و خلاصة القول هنا أنه صار يشترط عدم علـم المـشتري بوجـود الأعبـاء والتكاليف و أسباب التعرض الأخرى التي قد تؤدي إلى وجود إستحقاق جزئي وقـت البيع حتى يتمكن المشتري من رفع دعوى الضمان و تمتعه بحق الـضمان (حـسب الفقه الغالب في مصر). **أما في الجزائر** فلا وجود لجد علمي لدراسة مماثلة و إن كان يمكن الإستناد إلى رأي الفقه المصري.

المطلب الثاني: مضمون التعرض الشخصي:

سبق و أن أشرنا أن التعرض الشخصي قد يكون تعرضا ماديا أو قانونيا و أنـه في كلتا الحالتين قد يكون مباشر أو غير مباشر إلا أن أهم تقسيم هـو التقـسيم الأول وعلى أساسه ستكون الدراسة في الفرعين التاليين:

الفـــرع الأول: التعرض المادي (Trouble de fait):

يقصد به " كل فعل يقوم به البائع و يترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع من المبيع حرمانا كليا أو جزئيا دون أن يستند إلى حق يدعيه على المبيع وقد يكـون مباشرا كإغتصاب البائع العين المبيعة من المشتري، و قد يكون غير مباشر كمـا إذا تسبب البائع في أن تصدر جهة الإدارة قرارا يحد من الإنتفاع مـن الأرض المبيعـة. **ويلزم** البائع أن يمتنع عن التعرض المادي للمشتري و لو كان الفعـل المكـون لهـذا النوع من التعرض ليس في ذاته خطأ و لا تتوافر فيه شروط الفعل الضار، بل يعتبر فعلا جائز للغير و ذلك لأن البائع يختلف عن الغير في أنه ينقل إلى المشتري مزايـا ملكية المبيع و الإنتفاع به، فصار ملزما عليه أن لا يفوت بفعله هذا الإنتفـاع علـى المشتري، و مثالها إذا باع المالك بئرا فلا يجوز له أن يحفر في ملكية غيرها بالقرب منها إذا كان ذلك يؤدي إلى نقص الماء (بالنسبة للبئر المبيعة) أو نـضوبها و لـو أن ذلك يجوز لغير البائع بالقدر الذي لا يعتبر منه إساءة لاستعمال حقه[2] .

والتعرض المادي قسمان:

1/ قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع و مثالها: أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه لناشر إلا أنه قبل نفاذ نسخ الطبعة التي باعها يعيد طبع الكتاب (دون موافقة أو إتفاق مسبق على ذلك مع الناشر الأول) **أو** قيام المخترع بإستغلال إختراعه بعـد

---

[1] - توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 131.

[2]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 372

بيع براءة الإختراع [1]....**أما** إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف، فإنه يكون مسؤولا عن عمله كأي شخص آخر إرتكب عملا غير مشروع، لا كبائع ملتزم بضمان التعرض[2].

2/ قسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البـائع سـواء قبـل البيـع أو بعـده. فالتصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير يعد عملا ماديا بالنسبة للمشتري لأنـه ليس طرفا في هذا التصرف، و مثالها: إذا باع البائع الشيء المبيع إلى مشتريان هنـا نجد أننا أمام تعرض مزدوج فهو من جهة تعرض صادر من الغير(المشتري الثـاني) وتعرض صادر من البائع نفسه بصفة غير مباشرة (كون المشتري الثاني استمد حقه من البائع).

الفـــرع الثاني: التعرض القانوني (Trouble de droit)

يقصد به " أن يدعي البائع حقا على المبيع تجاه المشتري و يترتب على هـذا الحق حرمان المشتري من كل المبيع أو من بعضه أو من بعض مزاياه." و قد يكـون هذا الحق الذي يدعي به البائع حقا عينيا(حق الملكية أو أي حق عيني آخر) أو حق شخصي (كأن يدعي أنه مستأجر للعين المبيعة)

و حتى و لو كان بحق صاحب حق من هذه الحقوق المذكورة فإنـه لا يمكنـه الإحتجاج بها تجاه المشتري، ما لم ينص عقد البيع على خلاف ذلك. **أي** لا يعد البائع متعرضا للمشتري إذا استمد هذا الحق من عقد البيع (كما لو اتفق في العقد علـى أن يحتفظ البائع بحق معين على المبيع. كأن يبقى شاغلا للعقار بصفته مستأجرا لـه) أو من القانون (كما لو طلب البائع تملك العقار المبيع بالشفعة إذا باع المشتري العقـار إلى شخص آخر)

و منه لا يعد تعرضا للمشتري قيام البائع بإتخاذ إجراءات التنفيذ على الشيء المبيـع لاستيفاء الثمن أو ما تبقى منه. كذلك الحال إذا ما طلب البائع إبطال العقـد لغلـط أو تدليس....شاب إرادته، فقيام الإلتزام بالضمان يفترض صحة العقد (كما سـبق و أن ذكرنا ذلك في شروط قيام التعرض). كما يجوز له طلب فـسخ البيـع لعـدم تنفيـذ المشتري لإلتزامه.

فالمحظور على البائع هو طلب إستحقاق المبيع و لكن لا يحضر عليه مهاجمـة العقد المعيب أو استعماله لحقوقه كبائع.

و التعرض القانوني الذي يصدر من البائع قد يستند على حق سابق على البيـع أو لاحقا له. **و كمثال** عن الحق السابق على البيع، أن يبيع البائع عقارا للمشتري دون أن تتم إجراءات الشهر التي تؤدي إلى نقل ملكية العقار لهذا الأخير و خلال هذه المدة

---

[1] - أنظر: السنهوري ، المرجع السابق ص 627 و 628 كذلك على هادي العبيدي " شرح أحكام عقدي البيع والإيجار" المركز القومي للنشر ط1 سنة 2000 كذلك محمد حسن قاسم " الموجز في عقد البيع" دار الجامعة الجديدة للنشر ط 1996 ص 269.

[2] - السنهوري ، المرجع السابق، ص 628.

يرفع البائع على المشتري دعوى إستحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار. فهنا يجوز للمشتري الدفع بضمان البائع للتعرض الصادر منه، إذ لا يجوز الإسترداد لمن وجـب عليه الضمان.

كذلك في حالة ما إذا كان البائع قد أفرز المبيع بموجب قسمة قابلة للإبطال ثـم باعه بعد ذلك، فلا يجوز له أن يطالب بإبطال القسمة لئلا يبطل البيع[1].

و كمثال عن الحق اللاحق على البيع، أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له ثم يـصبح مالكا لها بسبب من أسباب الملك (كالإرث، الوصية، الشراء من المالـك الحقيقـي، الشفعة) فيحتج على المشتري بهذا الملك الذي حدث بعد البيع (أي يحـتج بـصفته الجديدة) و يرغب في إنتزاع العين المبيعة منه على هذا الأساس فهنا يجوز للمشتري الدفع بإلتزام البائع بالضمان (و إن كان هناك نص المادة 398 ف 2 ق.م التي تنص" و كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا إكتسب البائع ملكية المبيع بعد إنعقاد البيع" و التي تغني المشتري عن هذا الدفع).

لكن هل أن في تمسك البائع بتملك العقار المبيع بالتقادم تعرضا للمشتري ؟

- **إستقر القضاء الفرنسي:** " على أن البائع الذي يحتفظ بحيـازة المبيـع لا يمكنـه التمسك في مواجهة المشتري له بالتقادم. لأن الإلتزام بالضمان التزام دائم بالنسبة إلى البائع فيكون التمسك بالتقادم تعرضا شخصيا من البائع للمشتري يتعارض مع إلتزامه الدائم بالتضامن و يحق للمشتري في هذه الحالة التمسك بقاعدة: **أنّ من وجـب عليـه الضمان امتنع عليه التعرض**" [2].

- **أما في مصر:** فهناك إختلاف:

1/ رأي: يوافق إجتهاد محكمة النقض الفرنسية المذكورة أعلاه.

2/ رأي له نظرة أخرى أساسها التفرقة ما بين:

* **إلتزام البائع** بعدم التعرض الذي هوإلتزام ابدي (أي أنه إذا حصل تعـرض مـن البائع للمشتري في أي وقت و لو بعد حصول البيع بأكثر من 15 سنة وجـب علـى البائع الضمان).

* **حالة وقوع التعرض** فعلا و سكت المشتري على هذا التعرض بعد وقوعه و مضى على وضع يد البائع 15 سنة إنقلب سببا مشروعا للتملك، لا يحول دون إلتزام البـائع بالضمان **و هذا** هو رأي محكمة النقض المصرية و غالبية الفقه في مصر.

- **أما في الجزائر:** فإلى غاية الآن، فلم نجد في الفه أو القضاء أي قرار أو حكـم أو حتى رأي يمثل إتجاههما أو موقفهما. **و من جهتنا** فإننـا نرجـع لموقـف القـضاء الفرنسي. فلا يجب أن يعامل البائع الملزم بالضمان كالأجنبي عن العقد الذي يمكنه أن يكتسب العقار بالتقادم حسب القواعد العامة ذلك أنه كغيره غير ملزم بضمان التعرض

---

(1) - السنهوري، المرجع السابق، 629

(2) - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 271 ، 272

المبـــحث الثاني

مفـــــــهوم التـــعرض الصادر من الغير:

إضافة إلى تعرضه الشخصي فإن البائع يضمن أيضا تعرض الغير لكن ليس كل تعرض صادر من الغير يضمنه، بل يجب توافر شروط فيه و في حدود نوع معين من أنواع التعرض و هو ذلك الذي يستند فيه الغير على حق يقع على الشيء المبيع. (أي تعرض قانوني) **و سوف** نتطرق فيما يلي إلى شروط هذا التعرض و مضمونه (أو نوعه) في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: شروط قيام التعرض الصادر من الغير:

يعد الفعل الصادر من الغير تعرضا إذا توافرت فيه الشروط الآتي بيانها والتي قسمناها في فرعين إلى شروط متعلقة بالتعرض في حد ذاته و أخرى تتعلق بثبوت أو وجود الحق المحتج به.

الفـــرع الأول: الشروط المتعلقة بنوع التعرض: و هي:

1/أن يقع التعرض فعلا من الغير: و المقصود بالغير هنا هو ذلك الأجنبي على العقد أي لم يكن طرفا فيه. **كيف** يكون التعرض فعلا ؟
الأصل و كأحسن مثال على ذلك أن يدعي هذا الغير حقا على المبيع و يرفـع بهـذا الحق دعوى على المشتري. **لكن مع** هذا: قد يكون الغير مدعى عليه في دعوى رفعها المشتري ضده بسبب كون المبيع مثلا مازال في يد الغير و المشتري يريد الحـصول عليه بما أنه صار أحق به منه بموجب عقد البيع الذي أبرمه مع البائع. إلا أن الغيـر يتمسك في هذه الدعوى بالحق الذي يدعيه على المبيع بموجب دفع يدفع بـه دعـوى الإسترداد التي رفعها المشتري، أي أن الدفع قد يعد كذلك تعرضا فعليا.
و مع هذا فقد يقع التعرض من الغير من دون أن ترفع دعوى و مثالهـا: إذا إعتقـد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه بناء على أسباب قوية فيـسلم لـه إدعـاءه أو يصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن (و هذا ما نصت عليه المـادة 374 ق.م ، التي سوف نتطرق لها في الفصل الثاني).
كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى، إذا كان البائع غير مالـك للمبيع

و بعد البيع تملك المشتري المبيع بسبب آخر غير البيع الصادر له (بـالميراث مـن المالك الحقيقي أو أن يشتريها منه أو يوصي هذا الأخير بها إلى المشتري) هنا تكون العين في الواقع قد أستحقت للمالك الحقيقي ثم إنتقلت ملكيتها بعد ذلـك مـن المالـك الحقيقي إلى المشتري. أي أن العين قد أستحقت فعلا ، فوجب البائع ضمان الإستحقاق و إن كان هناك من يرى أن يكتفي المشتري بدعوى الفسخ أو دعوى إبطال بيع ملـك الغير[1]

وبناء على ما قيل أنه إذا لم يقع التعرض فعلا بل خيف من وقوعه فقط فإن هذا لا يكفي لتحقيق التعرض و بالتالي الضمان ، كما أن مجرد وجود حق رهن على مبيع لا يتحقق معه التعرض الفعلي مادام الدائن المرتهن لم يتخذ أي إجراء علـى العـين المبيعة، و لكن متى أنذر هذا الأخير المشتري بالدفع أو التخلية يكون التعرض قد وقع فعلا . كذلك أن مجرد عدم تسلم مستندات الملكية لا تكفي لوحدها لقيام التعرض.

وما تجدر ملاحظته هنا أن دعوى ضمان التعرض أو دعوى ضمان الإستحقاق يبـدأ التقادم فيهما من يوم وقوع التعرض فعلا أو ثبوت الإستحقاق و ذلك بمرور 15 سـنة أما ضمان التعرض و الإستحقاق كالتزام و أثر عن عقد البيع فهو يبقى أبدي (كمـا سبق القول عندما تكلمنا عن إمكانية تملك البائع للشيء المبيع بالتقادم).

2/ أن يكون التعرض تعرضا قانونيا: أي أن يدعي الغير حقـا علـى المبيـع تجـاه المشتري. أما التعرض (المادي) فلا يمكن أن يكون سببا لقيام الـضمان (و سـوف نتطرق لهذا بالتفصيل في المطلب الثاني).

الفـرع الثاني: الشروط المتعلقة بزمن وجود أو ثبوت الحق المحتج به من الغير:

و هي أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو يكون تاليا له، ولكنه مستمد من فعل البائع، **أي** أن يكون مستند السبب منشئ له إنشاء صحيحا قبل الشراء (سواء كان من فعل البائع أو غيره) أو أنّه مستند لسبب بعد الشراء لكنه آيـل مـن البائع[2].

1/ إذا كان حق المتعرض ثابتا له وقت البيع: فإن البائع يكون ضامنا هنـا سـواء كان سبب هذا الحق راجع للبائع أو لا دخل لهذا الأخير في إنشائه مثال ذلك: صـدور قرار نزع ملكية العقار قبل بيعه أو كان الغير واضعا يده عليه واكتملت له مدة التقادم المكتسب قبل انعقاد البيع[3] فقد يكون هذا الحق الذي يستند عليه الغير قد تلقاه من غير البائع، كأن يكون قد تلقاه من البائع للبائع . والبائع الأخير لا يدري بها ففي ذلك يكون

---

[1] - السنهوري: المرجع السابق، ص 643 و 644.

[2] - مصطفى أحمد الزرقاء، شرح الق.م السوري، العقود المسماة، عقد البيع، مطـابع فتـى العرب ط 6 سنة 1965 ص 161 .

[3] - محمد حسنين، عقد البيع، المرجع السابق ص 135

البائع الأخير ملتزما إتجاه المشتري بالضمان كما يكون للبائع تضمين بائعه وهكذا بالتسلسل. و **لا فرق** عندئذ بين أن يكون البائع الأخير حسن النية أو سيئها. كما لو كان عالما بحق الغير قبل المبيع ثم باعه كاتما إياه عن المشتري. لكن حسن نية البائع و سوءها لهما تأثير مختلف النتيجة في نواح أخرى (سوف نراها فيما بعد في الفصل الثاني و هي متعلقة برجوع المشتري على البائع بنفقات أنفقها على المبيع فإن نوع النفقة التي يرجع بها يختلف بين كون البائع حسن النية أو سيئها.
و كذلك فيما يتعلق باشتراط البائع عدم مسؤوليته عن ضمان الاستحقاق) [1].

<u>2/ إذا كان المتعرض قد كسب حقه بعد البيع بفعل البائع نفسه:</u> إذا كان السبب المنشئ لحق التعرض حاصلا بعد شراء المشتري فالأصل عندئذ أن البائع لا يكون ضامنا إلا إذا كان السبب الجديد المنشئ لحق الأجنبي ناشئا من فعل البائع نفسه فإذا لم يكن من فعله فلا ضمان عليه، لان الحق الطارئ، على المبيع بسبب جديد يقع على مسؤولية المالك عند حدوثه و هو هنا المشتري، ويصور فقهاء القانون ذلك بحالتين:

<u>أ- فعل السلطة الإدارية:</u> كما لو صدر أمر بمصادرة المبيع، أو قرار يعتبره من المنافع العامة فلا يمكن تضمين البائع نتيجة فعل السلطة، كذلك حالة أخذ العقار المبيع من المشتري بحق الشفعة فهذا ليس بفعل البائع و إنما يكون بموجب القانون.

<u>ب- بالتقادم</u>: كما لو كان المبيع في يد أجنبي ثم تركه المشتري حتى تمت مدة التقادم المكسبة للملك بعد البيع، هنا لا يسأل البائع عن خروج المبيع من ملك المشتري، لأن البائع كان مالكا و هذا كاف لعدم مسؤوليته مادامت هناك مدة قبل تمام التقادم كافية عادة لعلم المشتري و تحريك الدعوى على واضع اليد لوقف التقادم واسترداد المبيع فما دام لم يفعل فقد أخذ بإهماله. **و في** هذا المثال يقدم الأستاذ مصطفى الزرقاء ملاحظة هامة مضمونها "... **معنى أن الأجنبي واضع يده على المبيع قبل البيع، معنى ذلك أن المشتري لم يستلم المبيع، فكيف يعتبر البائع غير مسؤول ؟ و هو مخل هنا بإلتزامه بالتسليم، و هذا الإلتزام قد يكون لم يتقادم بعد لأن البيع متأخر عن وضع يد الأجنبي و لم يبق ممكن التنفيذ لتماك الأجنبي بالتقادم، فلا يمكن إعفاء البائع في هذه الحال <u>و الحل</u> أن البائع لا يكون مسؤولا بالضمان و مع ذلك فهذا لا ينافي أنه يبقى ضامنا لتسليم المبيع، و قد تعذر التسليم. فيحق للمشتري فسخ البيع و إسترداد الثمن تطبيقا للقواعد العامة إذا أصبح التسليم مستحيلا بسبب لا يد للبائع فيه....**"[2].

<u>أما إذا</u> كان هذا ناشئا بسبب جديد بعد البيع و لكنه آل من البائع نفسه يكون هنا ضامنا و ذلك حسب ما إذا كان المبيع منقولا أو عقارا.

<u>أ- ففي المنقول:</u> إذا باع شخص شيء منقول لآخر ثم لشخص ثان (على التعاقب) وسلمه إلى هذا الأخير فإنه عملا بقاعدة أن حيازة المنقول بحسن نية [3] سند للملكية،

---

[1] ـ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 164و 165.
[2] ـ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 166 و 167.
[3] ـ يقصد بحسن النية هنا أن يكون الحيازة بسبب ظاهرة الصحة.

(م 835 ق.م) يرجع المشتري الثاني على الأول بسبب الحيـازة.و عندئـذ يحـق للمشتري الأول تضمين البائع ضمان الإستحقاق.

ب- في العقار: يخضع البيع الإجراءات الشهر العقاري، و على ذلك تـنص المـادة 793 ق.م " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بـين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التـي يـنص عليهـا القـانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " و العبرة هنا هي لسبق التـسجيل أي الشهر و ليس لسبق العقد.فلو باع شخص عقاره لأحد و سلمه إليه، ثم باعه قبـل التسجيل بيعا ثانيا لآخر و سجل بيع هذا الأخير دون الأول، فإن الملكيـة تكـون قـد انتقلت إلى المشتري الثاني و ما على المشتري الأول إلا رفع دعوى ضمان الإستحقاق ضد البائع.

أما في حالة لو أن دائن البائع أقام حجرا على العقار المبيع قبل أن يسجل البائع بيع العقار، هنا ليس للمشتري تضمين البائع و لكن ينفسخ البيع الواقع لإستحالة تنفيذه بالتسجيل، و يلزم البائع برد الثمن فقط لأن حق المستحق هنا (و هو الدائن الحاجز) في الشيء المبيع لم يكن ثابتا عند البيع و لم يؤل إليه بعد البيع من البائع بل أقامته له السلطة القضائية في هذا المبيع بطريق التنفيذ بعد أن كان حقه في ذمة البـائع غيـر متعلق بعين المبيع[1].

المطلب الثاني: مضمون التعرض الصادر من الغير (نوعه):

سبق لنا و أن أشرنا إلى أن البائع يضمن تعرضه المادي و القانوني معا، أمـا فيما يخص ضمان التعرض الصادر من الغير فلا يضمن فيـه البـائع إلاّ التعـرض القانوني الصادر من الغير متى توافرت فيه الشروط المذكورة آنفـا. أمـا التعـرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه لأن عقد البيع لا يستلزم إلتزام البائع بكف الناس عن الاعتداء على المشتري، و لا يجعله مسؤولا عن جرائمهم و آثامهم. إذ ليس هـو عقد تأمين من الأخطار، و إنما هو مبادلة مالية تنقل الملكية فلـيس أمـام المـشتري لصيانة ملكيته و دفع مثل هذا التعرض إلاّ إستعمال ما وضعه القانون في يـده مـن وسائل لرد هذا الاعتداء[2].

و سوف نتطرق لمفهوم التعرض بالتفصيل في الفرع الأول أما الفـرع الثـاني فنحاول أن نجيب فيه عن التساؤل التالي: ماذا يفعل المشتري في حالـة قيـام الغيـر بتعرض مادي ضده على الشيء المبيع ؟.

---

(1) ـ الزرقاء، المرجع السابق، ص 168.

(2) ـ الزرقاء، المرجع السابق ص 161 و 162.

الفـرع الأول:التعرض القانوني الصادر من الغير:

هو ذلك التعرض المبني على سبب قانوني كأن يدعي الغير حقا على المبيع يحتج به المشتري في دعوى يرفعها عليه (أما إذا كان هذا الغير قد رفع دعوى على البائع و لم يدخل فيها المشتري، فالحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على المشتري.

و من ثمة لا يكون هناك محل لرجوع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الإستحقاق) أو ترفع على هذا الغير دعوى من المشتري فيقدم الغير هنا دفعا في الموضوع يتمسك فيه بحق يدعيه على الشيء المبيع. و قد لا تكون دعوى مع وقوع التعرض فعلا (كما سبق و أن أشرنا فيما سبق في المطلب السابق) و يشترط طبعا أن لا يكون المشتري قد تسبب بخطأه في هذا التعرض **كما** لا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا بل يكفي مجرد الادعاء به حتى و لو كان هذا الإدعاء ظاهر البطلان[1] و هذا الحق الذي يدعيه الغير على المبيع و يحتج به على المشتري قد يكون حقا عينيا (كحق الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع، كذلك كحق الرهن أو حق الإختصاص ، أو حق الإمتياز، أو حق الإنتفاع، حق الحكر ، حق الإرتفاق).

كما قد يكون هذا الحق حقا شخصيا كحق المستأجر بموجب عقد إيجار ثابت التاريخ قبل حصول البيع و يلحق بهذا أيضا أن يدعي هذا الغير المستأجر أنه دفع الأجرة مقدما للبائع و يستند في ذلك على مخالصة من البائع.

و كمثال عن التعرض القانوني " مستحقات الضريبة التي فرضت على البائع من قبل، فهي حق عيني تبعي على المنشأة (الشيء المبيع) تثبت قبل من يشتريها. فهذا تعرض للمشتري يضمنه البائع (لأن هذه المستحقات ترجع إلى فعل هذا الأخير) ".

و بالنظر إلى نص المادة 377 ف 2 ق.م " **يفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهر أو كان البائع قد أعلم به المشتري** " نجد أن لحالة الإرتفاق أحكاما خاصة، فالبائع لا يضمن هذا النوع من الحقوق و التي قد يستند عليها الغير و التي تمثل تعرضا قانونيا منه و ذلك في حالتي:

1) - كون هذه الحقوق على المبيع ظاهرة بحيث يستطيع المشتري أثناء معاينته للمبيع وقت البيع أن يرى معالم هذا الحق ظاهرة أمامه أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة فسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع **أمّا** إذا كان حق الارتفاق ظاهرا و مع ذلك ضمن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الإرتفاق فإنه يكون ملزما بالضمان و ذلك خاصة إذا إعتقد المشتري أنه موجود على سبيل التسامح[2].

2) - إذا لم يكن حق الإرتفاق ظاهرا، فيكفي أن يعلم البائع المشتري بوجود هذا الحق أي حق الإرتفاق بالذات و ليس مجرد تعميم ، و لا يوجد شكل خاص بالإعلام فيمكن

---

(1) - السنهوري، المرجع السابق، ص 646

(2) - السنهوري، المرجع السابق، ص 704 كذلك توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 133

أن يكون شفوي – هنا يقع على البائع عبء إثبات أنه أعلم المشتري به – كما قد يكون الإعلام كتابيا. و ليس هذا الإعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق حتى يصبح المشتري عالما به، و سكوته هنا هو رضا ضمني بإسقاط ضمان البائع لهذا التعرض.

و في هذا الموضوع أثار الفقه التساؤل التالي: في ظل العمل بإجراءات الشهر للحقوق العينية الواردة على العقارات، فهل يقوم شهر حق ارتفاق على العقار المبيع ، مقام إعلام المشتري بحق الارتفاق أو بصفة عامة الأعباء التي تقع العقار ؟ و ذلك متى كانت هذه الحقوق غير ظاهرة و لم يصرح بها ؟ **هنا** إنقسم الفقه الفرنسي إلى رأيين:

* **الرأي الأول:**

يرى أن الإرفاق المسجل يعني أنه إرتفاق ظاهر أو أنه كالإرتفاق الذي كشف عنه البائع وقت العقد و منه لا يلزم البائع بضمانه.

* **الرأي الثاني:**

يرى أن التسجيل يختلف عن كون أن الإرتفاق ظاهر أو حالة إعلام البائع به للمشتري. و ذلك لأن القانون متى إشترط إعلام البائع للمشتري بوجود حق الإرتفاق. فإنه يقصد من وراء ذلك أن يعلم المشتري علما حقيقيا بما يثقل المبيع من حقوق، وهذا الرأي هو السائد و هو ما إستقر عليه القضاء الفرنسي، و منه ليس للبائع أن يدفع بأنه كان بإمكان المشتري أن يستعلم عن الأعباء العالقة بالمبيع بما فيها حق الإرتفاق.

هذا في فرنسا التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي **أما في الجزائر** و التي تأخذ بنظام الشهر العيني في الأماكن التي تم مسحها إلى جانب نظام الشهر الشخصي في الأماكن التي لم يتم مسحها بعد فإن الأمر قد يكون مختلفا خاصة في الأماكن التي يمارس فيها نظام الشهر العيني [(1)] أين يمكن القول أنه في هذه الحالة يمكن الإعتماد و أخذ الرأي الأول من الفقه الفرنسي المذكور أعلاه. ذلك أنه يمكن للمشتري أن يتوصل بسهولة إلى معرفة حالة العقار و أخذ الصورة الكافية و الكاملة عما قد يثقله من تكاليف وأعباء واجبة الشهر بحيث يتيسر علم المشتري بها علما حقيقيا[(2)] و ذلك إعتمادا على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار المبيع. (و التي تعد كبطاقة تعريف للعقار)

الفرع الثاني:التعرض المادي الصادر من الغير:

إن التعرض المبني على سبب مادي صادر من الغير لا يلزم البائع بالضمان

---

(1) ـ لمزيد من التوضيح ارجع لكتاب المنازعات العقارية المذكورة سابقا من الصفحة 43 إلى 76 و هي محاضرات للأستاذة زروقي ليلى.

(2) ـ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 135

(و لو كان الضمان منصوصا عليه في العقد - حسب محكمة النقض المصرية[1] -)

و يكون التعرض مبنيا على سبب مادي إذا لم يكن الغير يدعي في تعرضه حقا على المبيع بل هو يلجأ في تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية أو حتى إلى تصرفات قانونية لكنه لا يدعي فيها أن له حقا على المبيع و مثالها إذا كان المبيع دارا و أجرها للغير دون أن يدعي أن له حقا في إيجارها **و منه** ما على المشتري إلاّ اللجـوء إلـى الطرق القانونية لدفع هذا التعرض أي إلى الحماية العامة التي يوليها إياه القانون كأي شخص آخر، فهو بذلك يستطيع في مواجهة المعتدي رفـع دعـاوى منـع التعـرض وإسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها. كذلك يمكنه رفع شكواه إلى الجهـات الإدارية لمنع الغير من إغتصاب ملكه. كما يستطيع الرجوع على المعتدي بالتعويض المناسب (و ليس للبائع أي شأن في ذلك. إلا إذا كان هذا التعدي و التعرض من الغير كان سببه البائع وبتدخله فقط.

ذلك أن البائع يضمن تعرضه المادي المباشر أو الغير مباشر على المبيع. و بما أن تعرض الغير المبني على سبب مادي قد يكون في حقيقة الأمر بتواطؤ من البـائع وبتحريض منه، فإن هذا يعد تعرضا ماديا غير مباشر مـن البـائع. و متـى أثبـت المشتري ذلك جاز له رفع ، دعوى إلزام البائع بالضمان لتعرضه الشخصي المبنـي على سبب مادي و ليس له رفع هذه الدعوى على أساس تعرض مادي صـادر مـن الغير).

<u>كما أنه</u> إذا كان هذا التعرض المادي وقع قبل تسليم المبيع فهنا يكون البائع ملزم بإزالته هو شخصيا ليس على أساس أنه ملزم بالضمان و لكن على أساس أنـه ملـزم بالتسليم. إذ يجب عليه في هذه الحالة المحافظة على المبيع و تسليمه [2].

<u>و في الأخير</u> و في نهاية هذا الفصل يمكن القول أن أعمـال التعـرض سـواء الصادرة من البائع نفسه أو من الغير لا يمكن حصرها و تعدادها.

و لكن يبقى لقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان هذا الفعل الصادر من البائع أو الغير قد حرم حقا المشتري من الإنتفاع من المبيع، و هذه مسألة واقع لا يخضع فـي تقديرها لرقابة المحكمة العليا.

و بإضافة الشروط القانونية الأخرى يمكن القول ما إذا كان هذا الفعـل يمثـل تعرضا يستلزم ضمانه أم لا. و متى تحقق التعرض بشروطه كان سببا لقيام ضـمان التعرض. فما هي آثار قيام هذا الالتزام ؟ أو بصيغة أخرى ما هـو محـل الإلتـزام بضمان التعرض؟ هذا ما سوف نتطرق له بالتفصيل في الفصل الثاني.

---

[1] ـ السنهوري، المرجع السابق ص 654.

[2] ـ محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع لطلبة السنة الثالثة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون 1997/1998 ص 92.



الفـــصل الثاني

محل الإلـــتزام بضمـــــان التـــعرض

الفـــــــصل الثاني

محل الإلــتزام بضمــــان التــعرض

متى توافرت أسباب الإلتزام بالضمان (والتي سبق ذكرها في الفصل الأول, من وجود عقد صحيح ووقوع تعرض فعلا بشروطه المذكورة) قام الإلتزام, أي بـصيغة أخرى وجب الضمان, لكن ما هو محل أو مضمون الإلتزام بالـضمان ؟ هـذا هـو موضوع الفصل الثاني من هذه الدراسة. **و بصفة** موجزة نذكر أن محل هذا الإلتـزام هو:

- **أولا:** أن يمتنع البائع عن التعرض بنفسه للمشتري في حيازة المبيع و في الإنتفـاع به.
- **ثانيا:** أن يدفع البائع عن المشتري كل تعرض قانوني صادر من الغير.

و كما سبق القول إن البائع ملزم بإلتزام واحد هو ضمان التعرض. و هو كسائر الإلتزامات إما ينفذ عينا أو بطريق التعويض **مع** لفت الإنتباه إلى أن هناك إختلافا مـا بين محل (مضمون) الإلتزام بضمان التعرض الشخصي و ضمان تعـرض الغيـر. وذلك حسب طبيعة كل تعرض.

و قبل التطرق لهذا الموضوع بالتفصيل، نثير تساؤلا حول أساس هذا الإلتزام ؟ **وإن** كان هذا الموضوع ليست له فائدة عملية واضحة مع وجود نص قانوني يفـرض على البائع هذا الإلتزام. و إنما الفائدة من هذا البحث تكون في حالة غياب النص فقط **لذلك** فإننا سوف نتطرق لهذا الموضوع بإختصار شديد من دون التشعب فـي الجـدل الفقهي مع التركيز على الرأي الغالب فيه.

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن أساس هذا الإلتزام هو " المسؤولية العقدية " و ذلـك لأن المشرع الفرنسي فرق بين أمرين في العقد هما: الإلتزام الرئيسي حسب طبيعة العقـد (وهو في عقد بيع نقل الملكية) أما الأمر الثاني فهو الضمان و الذي هو بمثابة شـرط جزائي يواجه حالة عدم تنفيذ الإلتزام الرئيسي[1]

و في المقابل هناك من يرى أن أساس هذا الإلتزام هو فكـرة " التقابـل بـين الأداءات " ذلك أن المدين يلتزم لأنه تلقى أو ينبغي له أن يتلقى مقابلا لأدائه. و تبعـا لذلك يجب على المتعاقد الآخر أن يضمن له ما يعادل هذا الأداء و إلا كـان إلتزامـه دون سبب , فالبائع يتخذ كل ما يجب لضمان وضع اليد على المبيع و الإنتفاع به

---

[1] - علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، كذلك.Bernard Gross o p cit p- 75 à 104 *

بحيث يتمـكن المشتري من الإنتفاع به دون عائق. **و على** هذا يرى جانب من الفقه خاصة الذين يعتمدون منهم هذا الرأي أن الإلتزام بضمان التعـرض خـاص بعقـود المعاوضات فقط وأنه يستبعد من عقود التبرعات[1] .

و كغيرها من أحكام المعاملات الخاضعة للقانون الخاص. فإن أحكـام الإلتـزام بضمان التعرض المنصوص عليها في القانون المدني في غالبها هي قواعـد مكملـة وليست قواعد آمرة, ذلك أن الأصل في الإلتزامـات التعاقديـة أنهـا تخـضع لإرادة المتعاقدين الحرة, فإذا لم يتطرق هؤلاء في عقدهم لتنظيم هذه الإلتزامات سرت عليهم الأحكام الواردة في القانون كبديل مناسب و مفترض فيه أنه يوافـق إرادة المتعاقـدين الضمنية. **إلا** أن الحرية في وضع أحكام إتفاقية تنظم العلاقات العقدية, ليست مطلقة بل هي مقيدة بأن لا تخالف النظام و لا الآداب العامة.

و فيما يلي سوف نتطرق بالتفصيل لمحـل الإلتـزام بـضمان التعـرض, أي مضمون هذا الإلتزام و بصيغة أخرى لأحكامه سواء القانونيـة أو الإتفاقيـة و ذلـك بالنسبة:

* للتعرض الشخصي (المبحث الأول)
* للتعرض الصادر من الغير (المبحث الثاني).

و قبل هذا يجب أن نذكر بأن **إلتزام** البائع بالضمان ينشأ من وقت البيـع و لـو تعلق الأمر ببيع عقار لم يشهر بعد (إذ أن الإلتزام بالضمان إلتزام شخصي يترتـب على البيع حتى قبل شهره) **أما حق** المشتري في الضمان فلا ينشأ له إلا إذا حصل له التعرض فعلا في المبيع فمجرد تخوف المشتري من التعرض لا يسمح له بـالرجوع بالضمان على البائع [2].

---

[1] ـ أنظر توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 116 كذلك محمدي سليمان، المرجع السابق ص 87

[2] ـ محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 88.

المبحث الأول:

الأحكام الخاصة بالتعرض الشخصي :

قبل التطرق لتفاصيل هذه الأحكام, نرى أنه من الأجدر أن نتطرق أولا لخصائص هذا الإلتزام ؟ يتسم الإلتزام بضمان التعرض الشخصي بـ :
1/ أنه إلتزام بالامتناع عن عمل [1]**:** فالبائع ملزم بأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يحرم المشتري من الإنتفاع من المبيع كليا أو جزئيا. **و يختلف** هذا الإلتزام في مضمونه عن الواجب العام المفروض على الكافة بإحترام حق المشتري (أي بالإمتناع عن الإعتداء عليه) **وبذلك** يكون هذا الإلتزام بطبيعته لا يقبل الإنقسام أو التجزئة (indivisible) إذ لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون جزء. فإذا تعدد البائعون مثلا فلا يصح لأي منهم أن يتعرض للمشتري في أي جزء من المبيع سواء كان تعرضه مادي أو قانوني وذلك حتى و لو كان المبيع قابلا للتجزئة. لأن هذا الإلتزام لا يقبل التنفيذ الجزئي. و لأن الغاية منه لا تتحقق و لن تتحقق إلا بالتنفيذ الكامل له. إذ لو حصل تعرض للمشتري ولو في جزء صغير من المبيع فإن هذا يكفي لجعل الحيازة غير هادئة.
2/ أنه إلتزام مؤبد: فلا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري مهما طال الزمن على إنعقاد البيع. و لو إنقضت مدة التقادم القانونية **مع ملاحظة :** أنه سبق و أن تطرقنا لهذا الموضوع عندما ناقشنا قضية " هل يجوز لبائع العقار أن يتملكه بالتقادم ؟ و هل يعد هذا تعرضا منه ؟ "

المطلب الأول : الأحكام القانونية الخاصة بالتعرض الشخصي :

تجد هذه الأحكام مصدرها في نص المادة 371 و المادة 378 ف1 من القانون المدني إضافة إلى القواعد العامة التي نجدها خاصة في النصوص المنظمة لنظرية الإلتزام و طبعا مع مراعاة أحكام المواد المنظمة لعقد البيع في القانون المدني الجزائري **و قبل** الولوج في الموضوع نثير تساؤلا مهما هو: من هم أطراف الإلتزام هنا ؟
- الملزم بالضمان هنا هو البائع و هو الذي يقع منه التعرض الموجب للضمان **لكن** هل ينتقل هذا الإلتزام بعدم التعرض إلى ورثة البائع ؟ **مع** غياب نص قانوني خاص يفصل في هذا التساؤل، نرجع إلى القواعد العامة في أحكام نظرية الإلتزام.

---

[1] - أنظر كذلك المادة 173 ق.م " إذا التزم المدين بالإمتناع عن عمل و أخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين"

تنص المادة 113 ق.م على " **لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا** " و بالرجوع إلى المادة 108 ق.م نجدها تنص على " **ينصرف العقـد إلى المتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"**

يتضح لنا من خلال هذين النصين أن الخلف العام بما فيهم الورثة يعتبـرون بمنزلـة المتعاقد فينصرف إليهم أثر العقد بما فيه من حقوق و إلتزامات كقاعدة عامـة. **أمـا** إستثناءا فهناك حالات خاصة متى توافرت إحداها فإن أثر العقد لا يمتد إليهم، و هـذه الحالات هي:

1- إذا كانت طبيعة التعامل أي طبيعة الحق أو الالتزام تأبى الإنتقال إلى الخلف كحق الإنتفاع إذ ينتهي بموت المنتفع (م 852 ق.م) **أو** إذا كانت شخصية السلف هي التـي روعي إعتبارها في الإلتزام.

2- إذا نص القانون و ذلك بالنسبة لبعض العقـود كعقـود الـشركة (م 439 ق.م) والوكالة (م 586 ق.م).

3- إتفاق المتعاقدين على قصر الحق أو الإلتزام على شخص المتعاقد (و هي حالـة ترجع للقواعد العامة و لنص المادة 106 ق.م).

إلا أن المادة 108 المذكورة أعلاه قد ختمت بملاحظة مهمة هي: " **مع مراعـاة القواعد الخاصة بالميراث** " **هذه** القواعد مفادها " أن الإلزام لا ينتقل إلى الخلف العام و منه فالورثة لا يسألون شخصيا و في أموالهم الخاصة عن ديون مورثهم بل تقع هذه الديون على التركة و لا يتحمل بها الورثة إلاّ بقدر ما إنتقل إليهم من التركة " .

و قبل الإجابة على السؤال المطروح، يجب أولا أن نقدم أو نذكر ما يلي:

* إن الإلتزام الأصلي هو الإمتناع عن التعرض للمشتري في إنتفاعه بالشيء المبيع.

* الإلتزام الجزائي يكون عندما يتحول الإلتزام الأصلي إلى تعويض أي دين في ذمة البائع بسبب تعرضه للمشتري و تضرر هذا الأخير من ذلك .

و يجب كذلك أن نذكر بأن إلتزام البائع بالضمان هو إلتزام شخصي يقع علـى عاتقه هو.

و بناء على ما سبق ذكره:فبما أن إلتزام البائع بعدم التعرض شخصيا للمشتري إلتزام شخصي على عاتق البائع فإنه (الإلتزام بالإمتناع) لا ينتقل إلى ورثته في حال وفاته على أساس أن طبيعة هذا الإلتزام تأبى الإنتقال إلى الخلف العام.

أما حول الإلتزام الجزائي أي التعويض المحكوم به علـى البـائع بـسبب تعرضـه للمشتري فإنه لا إشكال حوله، فبعد وفاته تتحمل تركته سداده و لا ينتقل إلى ورثته.

أما إذا اقتسم الورثة التركة قبل سداد هذا الدين، فإنه يحق للمشتري المحكوم له بهذا التعويض الرجوع عليهم حسب القواعد العامة بـ :

أ- دعوى الإثـراء بـلا سـبب(L’action de l’enrichissement sans cause)

المنصوص عليها في المادة 141 ق.م " **كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو**.

من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حـسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء "

المادة 142 ق.م " **تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سـبب بانقـضاء عـشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعـويض. و تـسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هـذا الحق**".هذا في حالة كون الورثة حسني النية.

ب- دعوى المسؤولية التقصرية(l'action de la responsabilité délictuelle)

و التي تؤسس على نص المادة 124 ق.م و ذلك متى ثبتت سوء نيـة الورثـة متـى إقتسموا التركة قبل سداد دين المحكوم له بالتعويض (الدائن) رغم علمهم بوجوده.

و منه: إذا تعرض ورثة البائع للمشتري في الشيء المبيع له من مورثهم. فإنه يكـون أمام المشتري: اللجوء للقواعد العامة لرد تعرضهم له أي من دون اللجوء لدعوى الضمان لأنهم (الورثة) لا يعتبرون أطرافا في هذه الدعوى (لأنهم ليسوا طرفا فـي الإلتزام بالضمان) فهم في حكم الغير.

لكن ماذا لو كان تعرضهم هذا أثناء حياة مورثهم أي البائع **؟** هنا يكـون علـى المشتري إما :

أ* **رفع دعوى ضمان التعرض الشخصي** من البائع متى ثبت أن تعرض هؤلاء هـو نتيجة دفع و تحريض البائع لهم و بهذا نكون أمام تعرض غير مباشـر مـن البـائع، يستوجب الضمان.

ب* **رفع دعوى ضمان تعرض الغير** ضد البائع متى كان تعرضهم تعرضا قانونيا و توافرت شروطه (و هم كما سبق و أن قلنا في حكم الغير)

ج* **رفع دعوى حسب القواعد العامة في القانون** لرد إعتداءاتهم عليه في الحـالات الأخرى التي لا يمكنه فيما رفع دعوى الضمان.

و ممن يرون كذلك أن الورثة ليسوا طرفا في هذا ا الإلتـزام نـذكر الأسـتاذ السنهوري[1] و الأستاذ محمد حسن قاسم [2] و الأستاذ أنور طلبة[3] و أسـاتذة آخـرون كثيرون و على خلافهم الأستاذ محمد حسنين و الأستاذ صديق شياط اللذان يستندان في رأيهما على قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 04 مارس 1954 و الـذي جاء فيه" إن الإلتزام بضمان عدم التعرض هو أن يمتنع البائع عن التعرض أبدا إلـى المشتري وينتقل هذا الإلتزام إلى ورثته فيمتنع عليهم كذلك و إلـى الأبـد التعـرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد "[4] .

لكن و مع غياب لأي نص قانوني جزائري يدعم أو حتى يوافق هذا الإجتهـاد لمحكمة النقض المصرية.و مع غياب اجتهاد للمحكمة العليا الجزائرية في هذا الصدد

---

(1) ـ السنهوري المرجع السابق ص 632 ، 633 ، و 653.

(2) ـ حسن قاسم، المرجع السابق ص 276.

(3) ـ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني الجزائري، جزء 2، العقود المسماة ط 1993.ص 195، 196.

(4) ـ محمد حسن، عقد البيع، ص 132 و 133 كذلك الأستاذ صديق شياط مطبوعة حول عقد البيع و المقايضة ص 63.

فإنه لا يمكن الإعتماد أو الإستناد على الإجتهاد القضائي المصري و إنما يتعين علينا الإكتفاء بالقواعد العامة للقانون.

كذلك لا ينتقل هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص و لا إلى دائن البائع. **و منه** يبقى الملزم بالضمان البائع فقط و قد يشمل هذا الإلتزام كذلك كفيل البائع فيكون ملزما معه بضمان التعرض و الإستحقاق.

<u>* الدائن في الإلتزام بالضمان</u>

هو المشتري و ينتقل الحق منه إلى خلفه العام و إلى خلفه الخاص [1] على الشيء المبيع . فالحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث.

أما بالنسبة للخلف الخاص فحتى لو كان موهوبا له، فإنه يكون دائنا بالضمان للتعرض لمن باع للواهب. وبذلك تكون له دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول و قد إنتقلت إليه حيث يرفعها ضد البائع مباشرة، **<u>و ليست</u>** هذه الحالة من حالات الدعوى المباشرة لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا بنص قانوني فهي بمثابة حق إمتياز.

و لأن دعوى الضمان تكون حتى ولو لم يكن هناك علاقة الإلتزام بين البائع الأصلي والمشتري الأول، بعكس الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن على مدين مدينه. إذ يشترط أن يكون رافعها دائنا لدائن المدعى عليه.

<u>و يترتب</u> على كون دعوى الضمان من ملحقات المبيع أنه ليس للمشتري الأول بعد أن باع العين أن يرجع بدعوى الضمان على البائع إذ أن هذه الدعوى قد خرجت من يده وإنتقلت إلى خلفه مع إنتقال المبيع إلى هذا الخلف.

<u>ملاحظة:</u>

بالنسبة للبيوع القضائية و الإدارية التي تتم بالمزاد، يكون البائع ملزما بالضمان رغم أن البيع قد تم جبرا عليه و المقصود بالبائع هنا هو المدين صاحب العين التي بيعت رغما فيكون ملتزما بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزاد. وليس المقصود بالبائع الدائنين الذين باعوا العين بالمزاد رغما عن المدين.

و فيما يلي سوف نتعرض لأحكام التعرض المادي من البائع في الفرع الأول ولأحكام التعرض القانوني من البائع في الفرع الثاني

---

[1] ـ فدعوى الضمان هنا من ملحقات البيع التي تنتقل للخلف الخاص تطبيقا لنص المادة 109 من القانون المدني " إذا أنشأ العقد التزامات، و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف العام، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"

الفــرع الأول: أحكام التعرض المادي الصادر من البائع:

يقع على البائع إلتزام أصلي هو أن يمتنع عن التعرض للمشتري في أي وقـت بعد البيع و لو كان قد إنقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة بما أن هذا الإلتزام دائم – كما سبق و أن ذكرنا – و هذا إلتزام بإمتناع عن عمل **و متى** أخل البـائع بـه وتعرض للمشتري تعرضا ماديا **تولد** عن الإلتزام الأصلي إلتزام جزائي بالتعويض.
لكن كيف يكون إخلال البائع بإلتزامه الأصلي ؟

هو بأن يقوم بأي عمل مادي يترتب عنه تفويت الإنتفاع بالمبيع على المـشتري سواء كليا أو جزئيا و سواء مؤقتا أو بصورة دائمة. و **الإخلال** يتحقق بمجـرد إتيـان عمل مخالف لمقتضى الإلتزام دون حاجة لإعذار[1]

و كما سبق القول فإنه متى أخل البائع بإلتزامه بالإمتناع عن التعرض المـادي جاز للمشتري أن يلجأ للقضاء لإجبار البائع على الإمتناع عن الأعمال التـي تعتبـر تعرضا وإزالة ما يكون قد نتج عنها فعلا من آثار مع تعويض المشتري عن كل مـا لحقه من أضرار نتيجة هذا التعرض و له من أجل ذلك أن يطالـب الحكـم بغرامـة تهديدية عن كل عمل من أعمال التعرض يأتيه البائع كوسيلة لإجباره علـى الإمتنـاع عنه.كل هذا طبقا للقواعد العامة في تنفيذ الإلتزامات. و تسمح هـذه القواعـد نفـسها للمشتري أن يطالب من القضاء فسخ البيع بسبب تعرض البائع له و الذي يعتبر إخلالا بإلزامه ناشئ عن العقد و بذلك يسترد المشتري ما وفّى به من ثمن مع التعويض [2]

و هذا الإلتزام بالتعويض هو ما يسمى بالإلتزام الجزائي، و هذا الإلتزام يـسقط بالتقادم إذا لم يطالب به المشتري في خلال مدة 15 سنة من وقت وجوبه و صـدور حكم به [3] **هذا** على خلاف إلتزام البائع بالضمان (الإلتزام الأصلي) فهو أبدي لا يسقط بالتقادم.

الفــرع الثاني:أحكام التعرض القانوني الصادر من البائع:

كما سبق وأن قيل فإن البائع ملزم بأن يمتنع عن أن يدعي لنفسه حقا لم يقـرره له لا العقد و لا القانون على الشيء المبيع في مواجهة المشتري، أي أن يمتنـع عـن التعرض للمشتري في الشيء المبيع تعرضا قانونيا إضافة إلى التعرض المادي الـذي سبق التعرض له في الموضوع السابق.

ملاحظة:

هناك من يرى أن التعرض من البائع نفسه للمـشتري لا يمكـن أن يكـون إلا تعرض ماديا و من هؤلاء الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء و الذي يستند في رأيه على

---

[1] - أنظر كل من محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 268، كذلك د. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (البيع و المقايضة) دار النهضة العربية ط 1991، ص 268.
[2] - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 272.
[3] - و هذا الإلتزام الجزائي التزام فوري قابل للتجزئة

" لأن البائع بالبيع المطلق قد تخلى للمشتري عن كل حق في المبيع فلا يقبل بعد ذلـك إدعاء منه بحق في عين المبيع ينقض أو ينقص ملكية المشتري منه إلا بسبب جديـد يتلقى به من المشتري كما لو إشترى مبيعه مجددا من مشتريه، و ذلـك لأن المبـادئ المقررة في الفقه القانوني أن " الضامن لا يستحق " أي لا تقبل منه دعوى الإستحقاق، و بنوا عليه أن من باع ملك غيره ثم ورثه لا تقبل منـه دعـوى الإسـتحقاق علـى المشتري منه. و هذا مبدأ قرره الفقه الإسلامي من قبل في القاعدة العامة القائلة: **" من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"...."** [1].

وأساس هذا الرأي جد معقول و هو يشبه في مجال القانون الإداري حالة ما إذا شاب القرار الإداري عيب جسيم في الإجراءات (إجراءاته الجوهرية) أو في أحـد أركانه الرئيسية ففقدانه للمشروعية قد يجعل منه عمل مادي بحت بعدما كان الأصـل فيه أنه عمل قانوني

لكن و مع هذا يمكن أن يجد المشتري نفسه أمام البائع في دعوى رفعهـا هـذا الأخير ضده يستند فيها البائع على حق يدعيه على الشيء المبيع، فالواقع قد يفـرض علينا و على المشتري مثل هذه الحالات، رغم أن هذا الحق في غالب الأحيـان قـد يكون لا أساس له ولا يعدوا إلاّ أن يكون تعرضا ماديا من البائع **فكيف يكون** موقـف المشتري هنا تجاه البائع؟ إن ما يقوم به البائع في هذه الحالة يعد تعرضا منه للمشتري و إخلالا منه بإلتزامه بعدم التعرض له. **و عليه** يكون للمشتري هنا" الدفع بالـضمان (L'exception de garantie)" و التي تجد أساسها في القاعدة التي مفادهـا " مـن وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض "

فما المقصود بالدفع بالضمان ؟ هي وسيلة دفاع تجد أهميتهـا عنـدما يكـون التعرض الصادر من البائع في شكل دعوى قضائية مرفوعة منه ضد المشتري، و بما أنها مجرد دفع فإنها ليست وسيلة هجوم بل هو إجراء أو تدبير دفاعي الهـدف منـه إيقاف البائع ومنعه من التعدي و ليس إستصدار أو الحصول على سـند أو تعـويض منه.

و يمكن إستعمال هذا الدفع ضد كل من هو ملزم بالـضمان عنـدما يتعـرض للمشتري أو خلفه سواء العام أو الخاص و يكون التعرض في شكل دعوى – كما سبق و أن أشرنا-.

و منه يمكن أن يقدم هذا الدفع ضد الخلف العام للبائع، و كفيل البائع **بينمـا** لا يمكن مواجهة الخلف الخاص للبائع به لأنهم غير ملزمين شخصيا بالإلتزام التعاقـدي الذي إلتزم به البائع **كما** لا يمكن أن يعارض بهذا الدفع البائع نفسه عنـدما يمـارس إمتيازا أو حق خوله له القانون أو العقد لأنه لا وجود للتعرض أصلا في هذه الحالة.

و بما أن الإلتزام بضمان التعرض لا يقبل الإنقسام فان الدفع بالضمان بدوره لا يقبل التجزئة [2]

---

[1] - مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 162، 163 (الهامش).

[2] - Jurés - classeurs - 2 1995 , Vente , Obligation du vendeur (Garantie en cas d'éviction par RAYMOND le Guidec p 12-13

* **و في حالة** ما إذا لم يتمكن المشتري من وقف تعرض البائع و أدى ذلك إلى الحكم للبائع مثلا بإستحقاقه البيع بناء على حق كسبه كان للمشتري أن يطالب البائع بالتنفيـذ بمقابل(التعويض، و هو هنا الإلتزام الجزائي كما سبق القول) بعدما إستحال التنفيـذ العيني و هو " رفض دعوى البائع " **و للمشتري** في جميع الحالات طلب فسخ العقـد لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه بالضمان، و يخضع هذا الطلب طبقا للقواعـد العامـة لمـا للقاضي من سلطة تقديرية. فله أن يقضي بالفسخ أو أن لا يقضي به و ذلـك بحـسب جسامة التعرض و ذلك ما لم يكن هناك اتفاق في العقد يقضي باعتبار العقد مفـسوخا تلقائيا.

المطلب الثاني: الأحكام الاتفاقية الخاصة بالتعرض الشخصي:

قد أشرنا فيما سبق إلى أن أحكام الضمان ليست من النظام العام و أنـه يجـوز للمتعاقدين أن يحلا بإتفاقهما تنظيما خاصا للضمان محل التنظيم القانوني **و في** مجال التعرض الشخصي من البائع نجد نص المادة 378 ف 1 ق.م الذي نص على " **يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الإتفاق على عدم الـضمان، ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك...**" .

و التي تتطرق لحالة واحدة من أحوال الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض، ألا وهي حالة إسقاط الضمان.و الحالتين الأخرتين هما الإتفاق على زيادة الضمان و الإتفاق على إنقاصه **و سوف** نتطرق فيما يلي لها على أن نقسمها إلى حالتين رئيسيتين هما:

* الإتفاق على زيادة الضمان (فرع 1) .
* الإتفاق على إنقاص الضمان (بما في ذلك إسقاطه) (فرع 2).

الفـرع الأول: الإتفاق على زيادة الضمان:

و هو جائز لا إشكال حوله **و تكون** عندما يريد المشتري الإنتفاع بالمبيع إنتفاعا خاصا. فيتفق مع البائع على ذلك [1] **و مع ذلك** فهذه الحالة جد نادرة من الناحية العملية، ذلك أن في أحكام الضمان القانونية من الكفاية مالا يحتاج إلى مزيد من الشدة لتحقيق الحماية للمشتري، **و بالطبع** الندرة لا تعني الإستحالة فالتشديد يبقى ممكنا. **و ينبغي** أن يراعى أن الإشتراطات المتعلقة بزيادة الضمان لا يجوز أن ترد عامة مبهمة و لكن يتعين أن تكون واضحة و محددة، فالشرط العام " إن البائع ضامن لكل ما يظهر في المبيع ". بهذه العبارة العامة لا تزيد شيئا على أحكام الضمان القانوني

---

[1] ـ و من هذا أن يشترط المشتري على البائع أن يقدم كفيلا بالضمان

و بالتالي لا يمكن اعتبارها تشديدا، و منه يخضع أطرافها لأحكام الضمان القانونية [1] و مما ينبغي الإشارة له أن التشديد قد يشمل سبب الضمان أي التوسيع من مجال مفهوم التعرض الموجب للضمان و قد يشمل أيضا محل الضمان أو آثار و نتائج التعرض كمجال التعويض مثلا و قيمته.

و هنـا نكون أمام شرط هو من قبيل الـشرط الجزائـي (Clause pénale) .
و الذي تحكمه كل من المواد التالية من القانون المدني الجزائري و هي:

م 183 " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181** "

م 184 " **لا يكون التعويض المحدد في هذه الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.**

- و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كـان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

- و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "

* فالشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض سواء عن التنفيـذ أو التـأخير فيـه و يحصل مقدما قبل وقوع الضرر (أما ما يحصل بعده فهو عقد صلح)

و من خصائص الشرط الجزائي أنه:

1- إلتزام تبعي لإلتزام آخر أصلي هو ما إلتزم به المدين أصلا. و منه كل مـا يلحق الإلتزام الأصلي من بطلان أو أوصاف كالشرط و الأجل.... فإنها تلحق كـذلك الشرط الجزائي.

2- إنه إلتزام إحتياطي (Subsidiaire) لأنه تعويض، و التعويض يكون عند عدم التنفيذ العيني.

3- إنه تقدير جزافي (Forfaitaire) للتعويض لأنه إتفاق مسبق [2].

و مما سبق ذكره و عملا بالقواعد العامة المنصوص عليها في المواد أعلاه، فإنه يحق للقاضي أن يخفض من الضمان الثابت بالشرط الجزائي (أي المقـدار الـذي يمثـل الزيادة المشروطة على الحد القانوني)إذا وجده مبالغا فيه أو أن لا يحكم بشيء منـه أصلا،
و ذلك بحسب وجود الضرر و درجته[3]

و في الأخير يجب الإشارة إلى أنه إذا قام شك حول وجود مثل هـذه الأحكـام الإتفاقية المتعلقة بتشديد الالتزام، فانه عملا بالقواعد العامة للتفسير يتعـين أن يفـسر الشك لمصلحة المدين و هو هنا البائع و ذلك تطبيقا للمادة 112 ق.م.

---

[1] - أنظر ا: سليمان مرقس، المرجع السابق 393، 394.، كذلك الشرقاوي المرجع السابق،ص 305.
RAYMOND le Guidec op. Cit modification conventionnelles p 3
[2] - لمزيد من المعلومات ارجع الى محمد حسنين " الوجيز في نظرية الالتزام " المذكورة سابقا ص 263 إلى 267.
[3] - مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 188

الفـــرع الثاني: الإتفاق على انقاص الضمان:

و بما أن إنقاص الضمان قد يصل إلى حد إسقاطه فإننا سوف نـتكلم أولا عـن الإنقاص من الضمان مع الإبقاء عليه أما ثانيا فنتكلم عن إسقاطه .

1) **الإنقاص من الضمان دون إسقاطه:**

الاتفاق عليه صحيح معتبر و مثله الاتفاق على إنقاص ما يـستحق للمـشتري مـن تعويضات. و الشروط المخففة هذه نجدها جد مألوفة في العقـود و كثيـرة الإنتـشار لدرجة أنها صارت شروط دارجة (Clauses de style) **و الإتفاق** عليهـا يكـون عادة صريح و لكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإتفاق ضمنيا يستنتج من شروط العقد و ظروف التعاقد ، و قاضي الموضوع هو الذي يفصل فـي وجـوده أو عـدم وجوده إذا لم يجد ما يقطع في الدلالة عليه. و إن كانت القواعد العامة تقـضي بـأن يفسر الشك لصالح البائع بإعتباره المدين هنا (كما ذكرنا آنفا). **لكن** في حالة مـا إذا ثبتت سوء نية البائع مع وجود هذه الشروط الإتفاقية المخففة لإلتزامه، فهل تبقى هـذه الشروط سارية و صحيحة

و يستفيد منها البائع رغم صدور غش منه و ذلك على حساب المشتري؟

و تنص المادة 377 ف1 و ف3 ق.م على " **يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفـاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه ..... .**

و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير "

إن الفقرة الأولى تتكلم عن القاعدة العامة و هي الجواز أما الفقرة الثالثـة فهـي تتكلم عن الإستثناء و هو البطلان في حالة إذا ما كان البائع سيء النية.

لكن بالتمعن في هذه المادة جيدا نجدها تتعلق بحالة الاتفاقات الخاصة بـضمان تعرض الغير و ليس بضمان التعرض الشخصي فهل يمكن تطبيق أحكام هذه المـادة خاصة أحكام الفقرة الثالثة و الأخيرة منها على أحكام الإتفاقـات المتعلقـة بـضمان التعرض الشخصي ؟ يبدو لي أنه من الممكن تطبيق أحكام هذه المادة خاصة فقرتهـا الثالثة على أحكام الإتفاقات المتعلقة بضمان التعرض الشخصي و ذلك بناء على.:

أ- علمنا مما سبق أن البائع ملزم بضمان تعرض الغير و من باب أولـى فهـو ملزم بضمان تعرضه الشخصي **و عليه** و متى كانت سوء نيته تحرمه مـن الإنتفـاع بتخفيف أحكام الضمان بالنسبة لتعرض الغير للمشتري .فإنه و من باب أولى يجب أن يحرم بسبب سوء نيته من الإنتفاع بالأحكام الإتفاقية المخففة لالتزامه بضمان تعرضـه الصادر منه هو شخصيا.

ب- عملا بالقاعدة الفقهية و القضائية التي مفادها " أن الغش يفسد كل شـيء " فإن من استفاد بتخفيف أو امتياز لصالحه بناء على اتفاق مع الغير و ثبت فيما بعد أن هذا المستفيد قد صدر منه غش أو خطأ جسيم في علاقته مع الطرف الآخـر يتعلـق بإلتزامه القائم بينهما.

فإنه هنا يحرم من هذا التخفيف أو الإعفاء الذي كان من الممكن أن يستفيد منـه لولا سوء نيته أو خطئه الجسيم . **و نجد** تطبيقا لهذه القاعدة في المادة 178 ق.م.ف 2 و 3 .

يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب علـى عـدم تنفيـذ إلتزامه التعاقدي، إلا ّأن ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمـدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقـع مـن أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه - و يبطل كل شـرط يقـضي بالإعفـاء مـن المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي ".

2- **الإتفاق على إسقاط الضمان نهائيا عن البائع**: غير جائز و يكون الإتفاق في هذه الحالة باطلا **و ذلك** لأن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته عن فعله. كمـا لا يستطيع أن يشترط عدم مسؤوليته عن فعله كما لا يستطيع أن يشترط عدم مـسؤوليته عن غشه أو عن تقصيره [1]

و على هذا نصت المادة 378 ف 1 ق.م السابق ذكرها وإن كانت تنص علـى حالة نزع اليد (الإستحقاق)بفعل البائع فهي تشمل أيضا و من باب أولى كل فعل يتعرض به البـائع مباشرة للمشتري[2].

و يرى الأستاذ مصطفى الزرقاء في ذلك إن إشتراط البائع عدم الضمان عندئذ هو غش يتضاعف به سوء نيته فلا يصح أن يكون الغش سبيلا إلى الإعفاء من الغش[3]

المـبحث الثاني

الأحكام الخاصة بالتعرض الصادر من الغير

كما سبق و أن فعلنا في المبحث السابق فإننا سوف نتطرق أولا لخصائص هـذا الإلتزام وهي:

1/ إنه إلتزام بالقيام بعمل:

فهو إلتزام ايجابي فالبائع يلتزم بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير كذلك الإلتزام بضمان الإستحقاق فهو التزام ايجابي يتمثل في دفع تعويض للمشتري.

2/ أنه إلتزام بتحقيق نتيجة:

---

[1] - السنهوري ، المرجع السابق ص 639 و 640.

[2] - حسنين، عقد البيع، ص 134.

[3] - الزرقاء، المرجع السابق ص 189.

هي ضمان نقل كل الحقوق التي باعها إلى المشتري و منه هو ليس بـ التزام بوسيلة بمعنى أنه لا يعتبر قد وفى به إذا استحق المبيع كله أو جزؤه في النهاية .

3/ عدم قابلية هذا الإلزام للإنقسام:

لأن محله قيام بدفع تعرض الغير . و هذا الإلتزام غير قابل للتجزئة شأنها شأن سائر الإلتزامات بعمل أو بالإمتناع **فلو** باع شخصان عقارا يملكانه على الشيوع لآخر ثم تعرض للمشتري شخص ثالث يدعي بأن له حقا على العقار جاز للمشتري أن يطلب من أي من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان تعرض الغير. و ذلك بدفع تعرضه عن العقار كله وليس فقط بالنسبة لنصيبه فيه، **أما** إلتزام البائع بضمان الإستحقاق فهو إلتزام قابل للإنقسام لأن محله هو دفع مبلغ من النقود.

و عليه فلو أستحق المبيع للغير رجع المشتري بالضمان على كل من البائعين بقدر نصيبه في العقار.

4/ أنه إلتزام مؤبد:

أي أن البائع يلتزم بشكل مستمر و دائم بالقيام بأي عمل من شأنه أن يدفع تعرض الغير للمشتري **لكن** و عملا بالقواعد العامة إذا تعرض شخص للمشتري و سكت هذا الأخير مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه للمطالبة بحقه في الضمان بالنسبة لهذا التعرض. أما إلتزام البائع بضمان الإستحقاق فهو إلتزام فوري لأنه ينفذ دفعة واحدة من خلال دفع التعويض للمشتري كما أنه قد يرد عليه التقادم.

ملاحظة:

إن ضمان الإستحقاق يعتبر ضمانا إحتياطيا بالنسبة لضمان التعرض إذ لا تبدو الحاجة لإعمال ضمان الإستحقاق إلاّ إذا لم يكن الإلتجاء إلى ضمان التعرض، أي بمجرد نجاح الغير في تعرضه و الحكم له بما إدعاه من حق على المبيع.

المطلب الأول: الأحكام القانونية الخاصة بضمان تعرض الغير

تجد هذه الأحكام مصدرها في المواد: 372، 373، 374، 374، 375، 376، 378، إضافة إلى القواعد العامة في نظرية الإلتزام مع مراعاة القواعد الخاصة بأحكام عقد البيع **و قبل** التطرق للموضوع بالتفصيل نثير تساؤلا سبق و أن طرحناه في المبحث السابق ألا و هو: من هم أطراف الإلتزام هنا ؟

* **الملزم بالضمان:**

هو البائع ولا يتعدى هذا الإلتزام ورثته أو خلفه العام أو دائنه **أما** كفيل البائع فيكون ملزما مع البائع بضمان تعرض الغير و حتى و لو ظهر فيما بعد أن الكفيل هو المالك الحقيقي للشيء المبيع فإنه لا يمكنه إسترداد هذه العين لأنه ضامن و من وجب عليه الضمان لا يجوز له الإسترداد [1].
و قد سبق و أن تطرقنا لهذا في المبحث السابق بالتفصيل.

* **الدائن في الإلتزام بضمان تعرض الغير:**

هو المشتري و ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام و كذلك إلى الخلف الخاص و دائن المشتري و بالنسبة لهذا الأخير: إذا باع شخص عينا غير مملوكة له، ثم أستحقت العين في يد المشتري فإن دائن هذا الأخير يستطيع أن يرفع بإسم المشتري دعوى هذا الأخير (المشتري) على البائع بالضمان و يستوفي حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري و لكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائني المشتري حسب قواعد الدعوى الغير مباشرة [2] التي تحكمها نص المادتين 189 و 190 ق.م .
و بعد هذه المقدمة الموجزة نتطرق لمضمون إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير حسب ما نص عليه القانون المدني في المواد المشار إليها أعلاه مع **توجيه الملاحظة** على أنه من قام سبب الضمان قام إلتزام البائع به و عليه هنا تنفيذ

---

[1] – السنهوري المرجع السابق ص 654.
[2] – نفس المرجع، ص 657.

إلتزامه عينا و ذلك بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري يكفّ عن تعرضه و ينزل عن إدعائه فإذا عجز عن التنفيذ العيني، بأن حكم للغير بما يدعيه من حق فقد وجب على البائع أن ينفذ إلتزامه بالضمان عن طريق التعويض و هذا هو ضمان الإستحقاق.

و سوف نتكلم في الفرعين الآتيين عن:

* التنفيذ العيني للإلتزام (فرع 1).
* التنفيذ بطريق التعويض (فرع 2).

الفـــرع الأول: التنفيذ العيني للإلتزام بضمان تعرض الغير

و يسميه البعض[1] بـ " ألتزام الضمان الأصلي " ذلك أنه الإلتزام الأصلي الذي يقع على البائع و ينشأ مباشرة من عقد البيع **و كما** سبق القول فإن هذا الإلتزام مستمر فلا يتم تنفيذه دفعة واحدة بل يتجدد تنفيذه بتجدد الزمن لذلك فهو دائم لا يرد عليه التقادم وهو بطبيعته لا يقبل التجزئة.

و تنص المادة 372 ق.م " **إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخوصصة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب و لم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلاّ إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري.**

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق من الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أنّ التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق"

و المادة 373 ق.م " **إنّ الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري و لو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب و دعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".**

تتكلم هاتين المادتين عن حالة ما إذا رفع الغير دعوى إستحقاق على المشتري يدعي فيها بأنه يملك المبيع كله أو بعضه، أو يدعي حقا على المبيع كحق الرهن أو الإرتفاق أو الإنتفاع أو حق إيجار ....**أو** ينكر فيها حقا للمبيع كحق الإرتفاق ....**وبالتالي** فإن سبب الإلتزام قائم هنا مما يستلزم معه بالضرورة قيام و تحقق إلتزام البائع بضمان تعرض الغير[2].

---

[1] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 378.

[2] – أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الإستحقاق على المبيع وحده دون إدخال المشتري و صدر الحكم لصالحه لم يكن هذا الحكم حجة على المشتري و منه ليس له أن يرجع بضمان الإستحقاق على البائع (فالبائع لا يمثل المشتري في نزاعه مع الغير لأن كل حقوقه في الشيء المبيع قد إنتقلت إلى المشتري بموجب عقد البيع لذلك فأي دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري) أنظر السنهوري، المرجع السابق ص 663.

و على البائع في هذه الحالة أن يبدأ بتنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، **لكن** كيف ذلك ؟.
على البائع أن يدخل في دعوى الإستحقاق إلى جانب المشتري أو أن يحل محله فيها وعليه أن يدفع إدعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصدر حكما برفض دعواه، و متى تم ذلك يكون قد نفّذ إلتزامه بضمان تعرض الغير تنفيذا عينيا[1].

و بالتّمعّن في المادتين المذكورتين سالفا **يتبين لنا** أن القانون قد رسم طريقا يسلكه طرفي عقد البيع يقومان فيه بإجراءات مرتبة و موزعة بينهما فبعض تلك الإجراءات تقع على المشتري و بعضها على البائع و الغاية من ذلك هي حماية المتبايعين و تعاونهما في الدفاع في مواجهة الغير الذي يدعي الإستحقاق، **لأنّ** نتيجة دعوى الإستحقاق في حالة ما إذا حكم للغير بما يدعيه، سلب ملكية المبيع للمشتري أو الإنتقاص من منافعها و ذلك بحسب نوع الحق الذي يدعيه الغير، أما بالنسبة إلى البائع فقد يفسخ عقده مع المشتري وما يتبع ذلك من رد الثمن و تعويضات و قد يلزم بضمان مالي (تنفيذ الإلتزام بطريق التعويض).**إضافة** إلى أنه قد يكون للبائع من الحجج و الدفوع ما ليس عند المشتري لذلك كان من المصلحة المشتركة بينهما و من العدل فتح طريق قانوني للتعاون بينهما على حماية حقوقهما و الدفاع عنها كي لا يؤخذ المشتري بسبب جهله بالواقع و خلو يديه من الحجج، ثم لا يفاجأ البائع بقضاء و حكم واقع و قد كان لديه ما يدفعه **فإذا** قصر أحدهما في القيام بما عليه من إجراءات حمله القانون نتيجة تقصيره[2].

و عليه متى رفع الغير دعوى الإستحقاق على المشتري وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى إخطار البائع بذلك في الوقت المناسب **و ليس** لهذا الإخطار (أو الإنذار) شكل خاص، فقد يكون مكتوبا أو حتى شفويا و لكن المشتري في هذه الحالة الأخير عبء إثباته **و يكتفي** المشتري بمجرد إخطار البائع بالدعوى دون أن يكون ملزما بإدخاله فيها **مع أنه** لا يوجد ما يمنعه من إدخال البائع في الدعوى كضامن.

و متى أخطر المشتري البائع بالدعوى المرفوعة ضده من الغير **وجب** على البائع أن يتدخل في هذه الدعوى أو أن يحلّ محلّه فيها و ذلك وفق قانون الإجراءات المدنية .

و حتى و لو يخطر للمشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم و علم بها البائع من طريق آخر فإنه يجدر به[3] أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه **و يجوز** كذلك للغير المدعي في دعوى الإستحقاق أن يدخل البائع كضامن في الدعوى (وهذا تطبيقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية خاصة الأحكام المتعلقة بالتدخل والإدخال).

لكن هل يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال البائع في الدعوى كضامن؟

---

[1] – السنهوري المرجع السابق، ص 662 ، 663.
[2] – الزرقاء، المرجع السابق، ص 171.
[3] – و إن كان غير ملزم بذلك

في مصر يجوز ذلك عملا بنص المادة 144 من قانون المرافعات **أما** في الجزائر فلا يوجد نص مماثل **و في** هذا المجال إعتبرت المحكمة العليا في قرارها رقم 21564 في 1981/02/09 " **أن القاضي بحكم محايد لا يفصل سوى فيما يعرض عليه من طلبات ولا يتعدى حدودها** " و منه ليس له أن يدخل الغير.

و كما سبق و أن أشرنا سابقا فإن البائع متى أخطر بالدعوى يجب عليه التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري (و قد شرحنا ذلك بصورة موجزة) **أو** أن يحل محل المشتري في الدعوى بعد أن يخرج منها هذا الأخير و بذلك يواجه البائع المدعي لوحده، و في الحالتين يتولى البائع دفع إدعاء المتعرض حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن إدعائه أو يحصل على حكم قضائي يرفض هذا الإدعاء و بذلك يكون قد نفّذ إلتزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذا عينيا[1] .

ملاحظة:

و إذا خرج المشتري من الدعوى و حلّ محله البائع في الدعوى الأصلية فهذا لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المعترض حجة عليه كما أنه يظل خصما في دعوى الضمان[2].

لكن: ماذا لو أهمل المشتري واجبه بإخطار البائع بالدعوى ؟ متى كان ذلك ثم صدر على المشتري حكم للغير المدعي بأحقيته بما يدعيه و حاز هذا الحكم قوة الشيء المقضي به **فإن** هذا الحكم لا يشكل لوحده حجة قطعية للمشتري في الرجوع على البائع لإلزامه بضمان الإستحقاق **بل** يكون للبائع أن يدفع المشتري بحججه و دفوعه التي كان يحق له أن يدفع بها في وجه مدعي الإستحقاق، فإذا أثبت البائع على المشتري أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رد دعوى المدعي تخلّص من الضمان، لأن المشتري هو الذي بإهماله قد عطّل هذه الحجج التي كانت كفيلة برد دعوى الغير فليس على البائع أن يتحمل نتيجة إهماله[3]. **و يرى** الأستاذ السنهوري: أن المشتري لا يمكنه أن يدفع بأن البائع يعلم فعلا بالتعرض ما دام لم يقم هو بإخطاره به في الوقت الملائم، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه و لا يحتاج إلى تدخل البائع لذلك لم يخطره[4].

كذلك: ماذا لو أهمل البائع واجبه في التدخل في الدعوى رغم إخطاره بها من طرف المشتري في الوقت الملائم ؟ يعتبر البائع هنا مقصرا في واجبه القانوني و يفقد

---

[1] – و هنا، لا يكون البائع مسؤولا نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها الغير فهي تعد من قبيل المصروفات الناتجة عن التعرض المادي من قبل الغير ما لم يكن هناك سبب جدي إقتضى رفع دعوى الإستحقاق على المشتري **أما** مصروفات دعوى الإستحقاق فيحكم بها على مدعي الإستحقاق بعد أن خسر دعواه (أنظر السنهوري ، المرجع السابق ص 667)

[2] – السنهوري، المرجع نفسه، ص 668.

[3] – الزرقاء، مرجع سابق ص 173.

[4] – السنهوري، نفس المرجع ص 671.

حقه في الدفاع **فإذا** قضي حينئذ للغير بما يدعيه حقّ للمشتري الرجوع على البائع و إلزامه بضمان الإستحقاق دون أن يكون للبائع حق الإحتجاج على المشتري بحججه التي تثبت عدم أحقية المستحق بما إدعاه، فقد كان عليه أن يستعمل حججه هذه ضد الغير المتعرض للمشتري لا في وجه المشتري ما دام هذا الأخير قد أنذره بالدعوى المرفوعة ضده في الوقت المناسب و لم يتدخل **لكن و مع هذا** إحتفظ القانون للبائع في هذه الحالة بدفع واحد صيانة لحقه من إحتيال المشتري أو تقصيره "و هو أن يثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري " **لأن** إهمال البائع الدفاع عن نفسه لا يسوغ تحميله نتيجة تدليس المشتري أو خطئه الجسيم[1].

إضافة إلى ما سبق ذكره من حالات، **قد** يتصالح المشتري مع الغير و يقّر لهذا الأخير بما يدعيه دون أن ينتظر صدور حكم قضائي له **فهل يجوز** هنا للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق ؟نصت على هذه الحالة المادة 373 ق.م المذكورة سابقا و تفترض فيها أن المشتري قد أخطر البائع بالدعوى المرفوعة ضده لكن رغم ذلك البائع رفض التدخل في الدعوى مما جعل المشتري يلجأ إلى الإقرار للمدعي بحقه ويتصالح معه و كان ذلك عن حسن نية منه **أي** عن قناعة منه بحق المدعي لأن حجته فيه ظاهرة **ففي هذه الحالة** لا يمنعه إعترافه أو صلحه مع الغير من مطالبة البائع بضمان الإستحقاق **ما لم** يثبت البائع أن الأجنبي المدعي لم يكن على حق في دعواه و ذلك بأدلة حاسمة يتبين معها أن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة **كما** يستطيع البائع – حسب القواعد العامة – أن يثبت سوء نية المشتري عندها يكون له أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات و إضافة إلى هذا يعود هو عليه بالتعويض إن كان هناك مقتض[2].

و إذا كان إقرار المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالحه معه كان مقابل مال أداه المشتري للمتعرض ليكف عن تعرضه، فإنه يجوز للبائع أن يتخلص من إلتزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع مصاريف الخصام و على ذلك نصت المادة 374 ق.م " **عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام** ".

و نختم هذا الفرع بقرار للمحكمة العليا يحمل رقم 36889 مؤرخ في 1986/06/25 و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير، و من المقرر أيضا أنه إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع للبائع أن يتدخل

---

[1] – الزرقاء، المرجع السابق ص 174.

[2] السنهوري، المرجع السابق، ص 669. –

في الخصومة إلى جانب المشتري و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون.
و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الإستئناف برفضهم إعتراض الغير عن الخصومة بحجة أن البائع لقطعة أرض محل النزاع يفقده شرط المصلحة يكونوا قد خالفوا أحكام المادتين 371 و 372 ق.م اللتان تلزمان البائع ضمان كل تعرض يقع على المشتري مع وجوب التدخل في الخصومة إلى جانب المشتري "[1].

الفـــرع الثاني: التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الإستحقاق)

الإستحقاق هو أن يظهر بعد البيع حقا للغير على المبيع مهما كان نوع هذا الحق سواء كان حق ملكية أو أي حق آخر[2] و متى ثبت الإستحقاق للغير حرم المشتري من المبيع سواء كليا أو جزئيا **و بمجرد** نجاح الغير في تعرضه و الحكم له بأي حق مما إدعاه على المبيع أعتبر البائع مخلا بإلتزامه بدفع التعرض **و لا يقبل** منه القول بأنه بذل أقصى جهده في دفع هذا التعرض لكنه لم يوفّق في ذلك **لأنّ** إلتزامه هو إلتزام بغاية وليس إلتزاما بوسيلة **و عليه** يقع على البائع تنفيذ إلتزامه بطريق التعويض بعدما لم يستطع تنفيذه عينيا أي يقوم الإلتزام الإحتياطي و هو ضمان الإستحقاق **و منه** يحق للمشتري الرجوع على البائع و مطالبته بالتعويض بحسب ما إذا كان الإستحقاق كليا أو جزئيا.
- **فما هو** مضمون هذا التعويض ؟

1- بالنسبة للإستحقاق الكلي:

تنص المادة 375 ق.م على " **في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: - قيمة المبيع وقت نزع اليد**

- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاّك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.

- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع و كذلك المصاريف الكمالية إذا البائع سيء النية.

- جميع مصاريف دعوى الضمان و دعوى الإستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

- و بوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر و ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

---

[1] - المجلة القضائية العدد 3 سنة 1992 قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ص 11.
[2] – صديق شياط، المرجع السابق ص 67.

- كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله ".

أوردت هذه المادة، أنه في حالة الإستحقاق الكلي للمبيع يجوز للمشتري أن يسلك إحدى الطرق الثلاث:

أ/ له أن يطلب فسخ البيع الواقع بينه و بين البائع و ذلك لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه بنقل الملكية.

ب/ له أن يطلب إبطال البيع بإعتبار البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير و ذلك عملا بنص المادة 397 ق.م.

ج/ و له كذلك طلب تنفيذ البيع بطريق التعويض أي ضمان الإستحقاق.

و هذه الدعوى الأخيرة هي ما يهمنا هنا، و المادة 375 ق.م قد فصلت عناصر هذا التعويض كما يلي:

للمشتري أن يطالب البائع بما يلي:

1) قيمة المبيع وقت الإستحقاق و هو الوقت الذي رفعت فيه الدعوى، لأن الحكم بالإستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى[1] و ذلك بدلا من رد الثمن الذي دفعه المشتري عند الشراء **و ذلك** لأنه يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد و إبطاله أين يسترد فيهما الثمن.

و قيمة المبيع وقت الإستحقاق قد تختلف عن الثمن الذي دفعه المشتري زيادة أو نقصانا (في حالة نقص قيمة العقار يكون من مصلحة المشتري أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله لكي يسترد الثمن الذي دفعه)[2].

و لا يهم هنا حسن أو سوء نية البائع أو المشتري (أي مدى علمهما وقت البيع بسبب الإستحقاق).

2) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي أستحق المبيع: والمشتري ملزم برد الثمار التي قبضها و هو سيء النية أي من اليوم الذي علم فيه بسبب الإستحقاق و ذلك من وقت رفع الدعوى عليه من المستحق المادة 825 ق.م " **لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلاّ من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته إعتداء على حق الغير.**

- و يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة إفتتاح الدعوى ويعد سيء النية من إغتصب حيازة الغير بالإكراه "

أما الثمار التي قبضها و هوحسن النية[3] فلا يلزم بردها إلى المستحق و بالتالي لا يلزم البائع بدفع قيمتها إليه.

3) المصاريف : و هي أنواع:

* <u>المصروفات الضرورية:</u> و هي المصروفات اللازمة لحفظ المبيع و صيانته (ترميم، إعادة بناء حائط آيل إلى السقوط ...) هذه مصروفات تحقق منفعة للمالك

---

[1] – السنهوري، المرجع السابق، ص 677.

[2] – محمد حسنين، المرجع السابق عقد البيع، ص 143.

[3] – أنظر نص المادة 837 ق.م ف 1 " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية ".

و كان سيقوم بإنفاقها حتما لو كان هذا المبيع بين يديه،**لذلك** فالمالك المستحق ملزم بدفعها إلى المشتري سواء كان هذا الأخير سيء النية أو حسنها و عل هذا نصت المادة 839 ف1 ق.م " **على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة ".**

* المصروفات النافعة: و هي التي تهدف إلى الزيادة في قيمة المبيع (قيام ببناء جديد، غرس أشجار مثمرة...) الأصل أن المشتري لن يستطيع الرجوع بها جميعها على المستحق و ذلك عملا بنص المادة 839 ف 2 ق.م التي تحيلنا إلى نص المادتين 784 و785 ق.م المتعلقتان بأحكام الإلتصاق بالعقار و التي تعطي خيارات للمستحق سوف يختار بداهة ما يناسبه و في المقابل فإن المشتري قد لا يسترد كل ما أنفقه **منه** عليه أن يرجع بالفرق على البائع.

* المصروفات الكمالية: و هي تلك التي يقوم بها المشتري لا لكي تعود بالنفع على المبيع
و ليس لضرورتها لصيانته أو إصلاحه و إنما يقوم بها لمجرد مزاجه الشخصي و هواه.

هذه المصاريف لا يلزم بها المستحق عملا بنص المادة 839 ف3 ق.م و منه يكون للمشتري الرجوع بها على البائع بدعوى الضمان **بشرط** سوء نية البائع أي يعلم وقت البيع بسبب الإستحقاق.

و في مجال المصروفات هناك قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) صادر بتاريخ 1969/06/18 عن الغرفة المدنية جاء فيه " من المبدأ قانونا أن المشتري حسن النية الذي يعطي زيادة مهمة في القيمة للملك المكتسب إثر المصاريف الضخمة التي قدمها له الحق في المطالبة بتعويض مناسب للتحسينات التي أتى بها في الأصل في حال إبطال البيع.
- الحكم بوجه آخر هو إباحة إثراء الغير مستحق لصالح من يسترجع الملك المبيع" [1].

4) مصروفات دعوى الضمان و دعوى الإستحقاق ما عدا ما كان في إستطاعة المشتري إتقاءه لو أنه أخطر البائع بالدعوى طبقا لنص المادة 373 ق.م.

5) للمشتري الرجوع بما فاته من كسب و ما لحقه من الخسائر: و هي عبارة عامة يحيط بكل عناصر التعويض و هي تطبيق للقواعد العامة.

---

[1] – قرار منشور في "مجموعة الأحكام (المجموعة الأولى) جزء2 ، وزارة العدل، مديرية التشريع.

2- بالنسبة للإستحقاق الجزئي:

نقصد به ثبوت ملكية الغير لجزء من العين سواء كان الجزء المستحق مفردا أو حصة شائعة في العين كلها **كما** أنه قد يثبت تكليف على المبيع و المقصود به كل حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد إنتفاع المشتري بالمبيع سواء كان ذلك الحق عينيا كحق الإرتفاق أو الإنتفاع أو الإستعمال أو السكنى أو كان حقا شخصيا كحق المستأجر[1].

و تنص المادة 376 ق.م على " **في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع أو في حالة وجود تكاليف عنه و كانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.**

- و إذا إختار إستبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع " .

بالنسبة لحالة ثبوت وجود تكليف على الشيء المبيع، فإن حق المشتري في الرجوع بالضمان على البائع لا يكون إلاّ في حالة إذا لم يخطر من قبل البائع المشتري بوجوده.

إذا وجب الضمان على البائع، نفرق بين ما إذا كانت الخسارة الناتجة عن الإستحقاق الجزئي أو ثبوت التكليف جسيمة أم غير جسيمة **و معيار ذلك** شخصي: إذ تعتبر جسيمة إذا بلغت قدرا لو كان المشتري قد علم به عند التعاقد لما أتم الشراء **و هذه** مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع و لا تخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

أ/ إذا كانت الخسارة جسيمة كان للمشتري الخياربين أمرين:

* إما أن يرد المبيع على البائع و ما أفاده منه مقابل أن يطالبه بالتعويض الكامل كما لو كان الإستحقاق كلي.

* أو أن يستبقي المبيع عنده و يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق الجزئي.

ب/ إذا لم يكن القسم المستحق من المبيع ما كان ليمنع المشتري من الشراء لو علم به قبل العقد فإن حق المشتري عندئذ ينحصر في طلب التعويض من البائع عما لحقه من الضرر بسبب هذا الإستحقاق الجزئي، و ليس له فسخ البيع ورد باقي المبيع[3] (أي أنه يستبقي المبيع عنده).

---

[1] – محمد حسنسن، المرجع السابق، عقد البيع ص 146.

[2] – محمد حسنين المرجع السابق عقد البيع ص 147.

[3] – الزرقاء، المرجع السابق ص 183.

ملاحظة:
هناك حالة صلح المشتري مع الغير المستحق و التي نصّت عليها المادة374 ق.م وقد سبق التطرق لها في الفرع الأول من هذا المطلب.

المطلب الثاني: الأحكام الإتفاقية الخاصة بضمان تعرض الغير

الإتفاق على تعديل أحكام الضمان للتعرض الصادر من الغير قد يكون بالزيادة أو النقصان لحد إسقاطه **و على** ذلك نصت المادة 377 ق.م على " **يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدان في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه.**
- و يفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.
- و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."
و تنص المادة 378 ق.م على " **يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الإتفاق على عدم الضمان و يقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك.**
- و إذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلاّ إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد أو أنه إشترى تحت مسؤوليته."

الفــرع الأول: الإتفاق على زيادة الضمان

و قد سبق التطرق له بالتفصيل في المبحث السابق بما فيه الكفاية لذلك سوف نتطرق لبعض صور هذه الإتفاقات الخاصة بموضوع التعرض الصادر من الغير، فقد يتفق الطرفان على:
- في حالة الإستحقاق مثلا أن يرد المشتري فقط المبيع دون الثمار أو أن يقتضي تعويضا كاملا في حالة الإستحقاق الجزئي دون البحث ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة[1].

الفــرع الثاني: الإتفاق على إنقاص الضمان

و الإنقاص قد يصل إلى حد إسقاط الضمان
1/ إنقاص الضمان دون إسقاطه: هو إتفاق صحيح معتبر إذا كان البائع حسن النية و باطل إذا كان البائع سيء النية، أي عالما بحق الأجنبي في المبيع و متعمدا إخفاءه عن المشتري.

---

(1) – محمد حسنين، عقد البيع ص 149.

2/ و أما إذا إشترط البائع عدم الضمان و إتفق على ذلك المتعاقدان، ثم حصل الإستحقاق للغير فهنا نكون أمام فرضين:

* إما أن يكون الإستحقاق ناشئا عن سبب من فعل البائع نفسه **هنا** يكون شرط عدم الضمان باطلا لأنّه يدل على سوء نية البائع.

* إما أن يكون الإستحقاق في المبيع ناشئا عن سبب من فعل الغير **هنا** إن كان البائع سيء النية أي عالما بحق الغير و متعمدا إخفاءه عن المشتري فالشرط باطل والبائع مسؤول معتبر لكنه إنما ينصرف إلى التعويضات الزائدة على أصل قيمة المبيع لأن رد قيمة المبيع وقت الإستحقاق يبقى البائع ملتزما به و لو أشترط عدم الضمان **لكن و مع هذا** إذا ورد نص صريح مضمونه الإتفاق على عدم رد قيمة المبيع فهو شرط صحيح ومقبول في هذه الحالة.

غير أن هناك حالتين يعفى فيهما البائع من الضمان كلية بموجب شرط عدم الضمان فلا يلزم برد قيمة المبيع و هما:

1/ أن يكون المشتري عالما بسبب الإستحقاق وقت التعاقد و إرتضى مع ذلك شرط عدم الضمان و هذا يعكس إرادته في إعفاء البائع من المسؤولية **و على** البائع عبء إثبات علم المشتري بسبب الإستحقاق وقت البيع.

2/ أن يكون المشتري قد إشترى تحت مسؤوليته أي ساقط الخيار.

- **خصوصية حول حقوق الإرتفاق** و قد جاء بها المادة 377 ف ق.م السابق ذكرها – فمتى كان المشتري عالما بوجود إرتفاق على العقار المبيع إعتبار أن: حق الإرتفاق على المبيع ظاهر **أو** أن البائع أعلمه بوجود هذا الحق في حالة كون الإرتفاق غير ظاهر **فسكوت** المشتري في هذه الحالة يعتبر رضا ضمني منه بإسقاط ضمان البائع (و قد سبق و أن أشرنا إلى هذا في الفصل الأول).

الفـــــــــصل الثاني

محل الإلـــتزام بضمــــان التــعرض

متى توافرت أسباب الإلتزام بالضمان (والتي سبق ذكرها في الفصل الأول, من وجود عقد صحيح ووقوع تعرض فعلا بشروطه المذكورة) قام الإلتزام, أي بـصيغة أخرى وجب الضمان, لكن ما هو محل أو مضمون الإلتزام بالـضمان ؟ هـذا هـو موضوع الفصل الثاني من هذه الدراسة. **و بصفة** موجزة نذكر أن محل هذا الإلتـزام هو:

- **أولا:** أن يمتنع البائع عن التعرض بنفسه للمشتري في حيازة المبيع و في الإنتفـاع به.
- **ثانيا:** أن يدفع البائع عن المشتري كل تعرض قانوني صادر من الغير.

و كما سبق القول إن البائع ملزم بإلتزام واحد هو ضمان التعرض. و هو كسائر الإلتزامات إما ينفذ عينا أو بطريق التعويض **مع** لفت الإنتباه إلى أن هناك إختلافا مـا بين محل (مضمون) الإلتزام بضمان التعرض الشخصي و ضمان تعـرض الغيـر. وذلك حسب طبيعة كل تعرض.

و قبل التطرق لهذا الموضوع بالتفصيل، نثير تساؤلا حول أساس هذا الإلتزام ؟ **وإن** كان هذا الموضوع ليست له فائدة عملية واضحة مع وجود نص قانوني يفـرض على البائع هذا الإلتزام. و إنما الفائدة من هذا البحث تكون في حالة غياب النص فقط **لذلك** فإننا سوف نتطرق لهذا الموضوع بإختصار شديد من دون التشعب فـي الجـدل الفقهي مع التركيز على الرأي الغالب فيه.

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن أساس هذا الإلتزام هو " المسؤولية العقدية " و ذلـك لأن المشرع الفرنسي فرق بين أمرين في العقد هما: الإلتزام الرئيسي حسب طبيعة العقـد (وهو في عقد بيع نقل الملكية) أما الأمر الثاني فهو الضمان و الذي هو بمثابة شـرط جزائي يواجه حالة عدم تنفيذ الإلتزام الرئيسي[1]

و في المقابل هناك من يرى أن أساس هذا الإلتزام هو فكـرة " التقابـل بـين الأداءات " ذلك أن المدين يلتزم لأنه تلقى أو ينبغي له أن يتلقى مقابلا لأدائه. و تبعـا لذلك يجب على المتعاقد الآخر أن يضمن له ما يعادل هذا الأداء و إلا كـان إلتزامـه دون سبب , فالبائع يتخذ كل ما يجب لضمان وضع اليد على المبيع و الإنتفـاع بـه بحيث يتمـكن المشتري من الإنتفاع به دون عائق. **و على** هذا يرى جانب من الفقه

---

[1] - علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، كذلك.Bernard Gross o p cit p- 75 à 104 *

خاصة الذين يعتمدون منهم هذا الرأي أن الإلتزام بضمان التعـرض خـاص بعقـود المعاوضات فقط وأنه يستبعد من عقود التبرعات[1] .

و كغيرها من أحكام المعاملات الخاضعة للقانون الخاص. فإن أحكـام الإلتـزام بضمان **ا**لتعرض المنصوص عليها في القانون المدني في غالبها هي قواعـد مكملـة وليست قواعد آمرة, ذلك أن الأصل في الإلتزامـات التعاقديـة أنهـا تخـضع لإرادة المتعاقدين الحرة, فإذا لم يتطرق هؤلاء في عقدهم لتنظيم هذه الإلتزامات سرت عليهم الأحكام الواردة في القانون كبديل مناسب و مفترض فيه أنه يوافـق إرادة المتعاقـدين الضمنية. **إلا** أن الحرية في وضع أحكام إتفاقية تنظم العلاقات العقدية, ليست مطلقة بل هي مقيدة بأن لا تخالف النظام و لا الآداب العامة.

و فيما يلي سوف نتطرق بالتفصيل لمحـل الإلتـزام بـضمان التعـرض, أي مضمون هذا الإلتزام و بصيغة أخرى لأحكامه سواء القانونيـة أو الإتفاقيـة و ذلـك بالنسبة:

* للتعرض الشخصي (المبحث الأول)
* للتعرض الصادر من الغير (المبحث الثاني).

و قبل هذا يجب أن نذكر بأن **إلتزام** البائع بالضمان ينشأ من وقت البيـع و لـو تعلق الأمر ببيع عقار لم يشهر بعد (إذ أن الإلتزام بالضمان إلتزام شخصي يترتـب على البيع حتى قبل شهره) **أما حق** المشتري في الضمان فلا ينشأ له إلا إذا حصل له التعرض فعلا في المبيع فمجرد تخوف المشتري من التعرض لا يسمح له بـالرجوع بالضمان على البائع [2].

---

[1] ـ أنظر توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 116 كذلك محمدي سليمان، المرجع السابق ص 87

[2] ـ محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 88.

المبحث الأول:

الأحكام الخاصة بالتعرض الشخصي :

قبل التطرق لتفاصيل هذه الأحكام, نرى أنه من الأجدر أن نتطرق أولا لخصائص هذا الإلتزام ؟ يتسم الإلتزام بضمان التعرض الشخصي بـ :

1/ أنه إلتزام بالامتناع عن عمل [1]**:** فالبائع ملزم بأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يحرم المشتري من الإنتفاع من المبيع كليا أو جزئيا. **و يختلف** هذا الإلتزام في مضمونه عن الواجب العام المفروض على الكافة بإحترام حق المشتري (أي بالإمتناع عن الإعتداء عليه) **وبذلك** يكون هذا الإلتزام بطبيعته لا يقبل الإنقسام أو التجزئة (indivisible) إذ لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون جزء. فإذا تعدد البائعون مثلا فلا يصح لأي منهم أن يتعرض للمشتري في أي جزء من المبيع سواء كان تعرضه مادي أو قانوني وذلك حتى و لو كان المبيع قابلا للتجزئة. لأن هذا الإلتزام لا يقبل التنفيذ الجزئي. و لأن الغاية منه لا تتحقق و لن تتحقق إلا بالتنفيذ الكامل له. إذ لو حصل تعرض للمشتري ولو في جزء صغير من المبيع فإن هذا يكفي لجعل الحيازة غير هادئة.

2/ أنه إلتزام مؤبد: فلا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري مهما طال الزمن على إنعقاد البيع. و لو إنقضت مدة التقادم القانونية **مع ملاحظة :** أنه سبق و أن تطرقنا لهذا الموضوع عندما ناقشنا قضية " هل يجوز لبائع العقار أن يتملكه بالتقادم ؟ و هل يعد هذا تعرضا منه ؟ "

المطلب الأول : الأحكام القانونية الخاصة بالتعرض الشخصي :

تجد هذه الأحكام مصدرها في نص المادة 371 و المادة 378 ف1 من القانون المدني إضافة إلى القواعد العامة التي نجدها خاصة في النصوص المنظمة لنظرية الإلتزام و طبعا مع مراعاة أحكام المواد المنظمة لعقد البيع في القانون المدني الجزائري **و قبل** الولوج في الموضوع نثير تساؤلا مهما هو: من هم أطراف الإلتزام هنا ؟

- الملزم بالضمان هنا هو البائع و هو الذي يقع منه التعرض الموجب للضمان **لكن** هل ينتقل هذا الإلتزام بعدم التعرض إلى ورثة البائع ؟ **مع** غياب نص قانوني خاص يفصل في هذا التساؤل، نرجع إلى القواعد العامة في أحكام نظرية الإلتزام.

---

[1] - أنظر كذلك المادة 173 ق.م " إذا التزم المدين بالإمتناع عن عمل و أخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين"

تنص المادة 113 ق.م على " **لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا** " و بالرجوع إلى المادة 108 ق.م نجدها تنص على " **ينصرف العقـد إلى المتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"**
يتضح لنا من خلال هذين النصين أن الخلف العام بما فيهم الورثة يعتبـرون بمنزلـة المتعاقد فينصرف إليهم أثر العقد بما فيه من حقوق و إلتزامات كقاعدة عامـة. **أمـا** إستثناءا فهناك حالات خاصة متى توافرت إحداها فإن أثر العقد لا يمتد إليهم، و هـذه الحالات هي:

1- إذا كانت طبيعة التعامل أي طبيعة الحق أو الالتزام تأبى الإنتقال إلى الخلف كحق الإنتفاع إذ ينتهي بموت المنتفع (م 852 ق.م) **أو** إذا كانت شخصية السلف هي التـي روعي إعتبارها في الإلتزام.

2- إذا نص القانون و ذلك بالنسبة لبعض العقـود كعقـود الـشركة (م 439 ق.م) والوكالة (م 586 ق.م).

3- إتفاق المتعاقدين على قصر الحق أو الإلتزام على شخص المتعاقد (و هي حالـة ترجع للقواعد العامة و لنص المادة 106 ق.م).

إلا أن المادة 108 المذكورة أعلاه قد ختمت بملاحظة مهمة هي: " **مع مراعـاة القواعد الخاصة بالميراث** " **هذه** القواعد مفادها " أن الإلزام لا ينتقل إلى الخلف العام و منه فالورثة لا يسألون شخصيا و في أموالهم الخاصة عن ديون مورثهم بل تقع هذه الديون على التركة و لا يتحمل بها الورثة إلاّ بقدر ما إنتقل إليهم من التركة " .

و قبل الإجابة على السؤال المطروح، يجب أولا أن نقدم أو نذكر ما يلي:

* إن الإلتزام الأصلي هو الإمتناع عن التعرض للمشتري في إنتفاعه بالشيء المبيع.
* الإلتزام الجزائي يكون عندما يتحول الإلتزام الأصلي إلى تعويض أي دين في ذمة البائع بسبب تعرضه للمشتري و تضرر هذا الأخير من ذلك .

و يجب كذلك أن نذكر بأن إلتزام البائع بالضمان هو إلتزام شخصي يقع علـى عاتقه هو.

و بناء على ما سبق ذكره: فبما أن إلتزام البائع بعدم التعرض شخصيا للمشتري إلتزام شخصي على عاتق البائع فإنه (الإلتزام بالإمتناع) لا ينتقل إلى ورثته في حال وفاته على أساس أن طبيعة هذا الإلتزام تأبى الإنتقال إلى الخلف العام.

أما حول الإلتزام الجزائي أي التعويض المحكوم به علـى البـائع بـسبب تعرضـه للمشتري فإنه لا إشكال حوله، فبعد وفاته تتحمل تركته سداده و لا ينتقل إلى ورثته.

أما إذا اقتسم الورثة التركة قبل سداد هذا الدين، فإنه يحق للمشتري المحكوم له بهذا التعويض الرجوع عليهم حسب القواعد العامة بـ :

أ- دعوى الإثـراء بـلا سـبب(L’action de l’enrichissement sans cause)
المنصوص عليها في المادة 141 ق.م " **كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو**.

من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء "

المادة 142 ق.م " **تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض. و تسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق**".هذا في حالة كون الورثة حسني النية.

ب- دعوى المسؤولية التقصيرية(l'action de la responsabilité délictuelle)

و التي تؤسس على نص المادة 124 ق.م و ذلك متى ثبتت سوء نية الورثة متى إقتسموا التركة قبل سداد دين المحكوم له بالتعويض (الدائن) رغم علمهم بوجوده.

و منه: إذا تعرض ورثة البائع للمشتري في الشيء المبيع له من مورثهم. فإنه يكون أمام المشتري: اللجوء للقواعد العامة لرد تعرضهم له أي من دون اللجوء لدعوى الضمان لأنهم (الورثة) لا يعتبرون أطرافا في هذه الدعوى (لأنهم ليسوا طرفا في الإلتزام بالضمان) فهم في حكم الغير.

لكن ماذا لو كان تعرضهم هذا أثناء حياة مورثهم أي البائع **؟** هنا يكون على المشتري إما :

أ* رفع دعوى ضمان التعرض الشخصي من البائع متى ثبت أن تعرض هؤلاء هو نتيجة دفع و تحريض البائع لهم و بهذا نكون أمام تعرض غير مباشر من البائع، يستوجب الضمان.

ب* رفع دعوى ضمان تعرض الغير ضد البائع متى كان تعرضهم تعرضا قانونيا و توافرت شروطه (و هم كما سبق و أن قلنا في حكم الغير)

ج* رفع دعوى حسب القواعد العامة في القانون لرد إعتداءاتهم عليه في الحالات الأخرى التي لا يمكنه فيما رفع دعوى الضمان.

و ممن يرون كذلك أن الورثة ليسوا طرفا في هذا ا الإلتزام نذكر الأستاذ السنهوري[1] و الأستاذ محمد حسن قاسم [2] و الأستاذ أنور طلبة[3] و أساتذة آخرون كثيرون و على خلافهم الأستاذ محمد حسنين و الأستاذ صديق شياط اللذان يستندان في رأيهما على قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 04 مارس 1954 و الذي جاء فيه" إن الإلتزام بضمان عدم التعرض هو أن يمتنع البائع عن التعرض أبدا إلى المشتري وينتقل هذا الإلتزام إلى ورثته فيمتنع عليهم كذلك و إلى الأبد التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد "[4] .

لكن و مع غياب لأي نص قانوني جزائري يدعم أو حتى يوافق هذا الإجتهاد لمحكمة النقض المصرية.و مع غياب اجتهاد للمحكمة العليا الجزائرية في هذا الصدد

---

[1] ـ السنهوري المرجع السابق ص 632 ، 633 ، و 653.

[2] ـ حسن قاسم، المرجع السابق ص 276.

[3] ـ أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني الجزائري، جزء 2، العقود المسماة ط 1993.ص 195، 196.

[4] ـ محمد حسن، عقد البيع، ص 132 و 133 كذلك الأستاذ صديق شياط مطبوعة حول عقد البيع و المقايضة ص 63.

فإنه لا يمكن الإعتماد أو الإستناد على الإجتهاد القضائي المصري و إنما يتعين علينا الإكتفاء بالقواعد العامة للقانون.

كذلك لا ينتقل هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص و لا إلى دائن البائع. **و منه** يبقى الملزم بالضمان البائع فقط و قد يشمل هذا الإلتزام كذلك كفيل البائع فيكون ملزما معه بضمان التعرض و الإستحقاق.

*** الدائن في الإلتزام بالضمان**

هو المشتري و ينتقل الحق منه إلى خلفه العام و إلى خلفـه الخـاص [1] علـى الشيء المبيع . فالحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث.

أما بالنسبة للخلف الخاص فحتى لو كان موهوبا له، فإنه يكون دائنا بالضمان للتعرض لمن باع للواهب. وبذلك تكون له دعوى الضمان التي كانت للمـشتري الأول و قـد إنتقلت إليه حيث يرفعها ضد البائع مباشرة، **و ليست** هذه الحالة من حالات الـدعوى المباشرة لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا بنص قانوني فهي بمثابة حق إمتياز.

و لأن دعوى الضمان تكون حتى ولو لم يكن هناك علاقة الإلتزام بـين البـائع الأصلي والمشتري الأول، بعكس الدعوى المباشرة التي يرفعها الـدائن علـى مـدين مدينه. إذ يشترط أن يكون رافعها دائنا لدائن المدعى عليه.

و يترتب على كون دعوى الضمان من ملحقات المبيع أنه ليس للمشتري الأول بعد أن باع العين أن يرجع بدعوى الضمان على البائع إذ أن هذه الدعوى قد خرجـت من يده وإنتقلت إلى خلفه مع إنتقال المبيع إلى هذا الخلف.

ملاحظة:

بالنسبة للبيوع القضائية و الإدارية التي تتم بـالمزاد، يكـون البـائع ملزمـا بالضمان رغم أن البيع قد تم جبرا عليه و المقصود بالبائع هنا هو المـدين صـاحب العين التي بيعت رغما فيكون ملتزما بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المـزاد. وليس المقصود بالبائع الدائنين الذين باعوا العين بالمزاد رغما عن المدين.

و فيما يلي سوف نتعرض لأحكام التعرض المادي من البائع في الفرع الأول ولأحكام التعرض القانوني من البائع في الفرع الثاني

---

[1] ـ فدعوى الضمان هنا من ملحقات البيع التي تنتقل للخلف الخاص تطبيقا لنص المادة 109 من الق المدني " إذا أنشأ العقد التزامات، و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف العام، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"

الفـــرع الأول: أحكام التعرض المادي الصادر من البائع:

يقع على البائع إلتزام أصلي هو أن يمتنع عن التعرض للمشتري في أي وقـت بعد البيع و لو كان قد إنقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة بما أن هذا الإلتزام دائم – كما سبق و أن ذكرنا – و هذا إلتزام بإمتناع عن عمل **و متى** أخل البـائع بـه وتعرض للمشتري تعرضا ماديا **تولد** عن الإلتزام الأصلي إلتزام جزائي بالتعويض.
لكن كيف يكون إخلال البائع بإلتزامه الأصلي ؟

هو بأن يقوم بأي عمل مادي يترتب عنه تفويت الإنتفاع بالمبيع على المـشتري سواء كليا أو جزئيا و سواء مؤقتا أو بصورة دائمة. و **الإخلال** يتحقق بمجـرد إتيـان عمل مخالف لمقتضى الإلتزام دون حاجة لإعذار[1]

و كما سبق القول فإنه متى أخل البائع بإلتزامه بالإمتناع عن التعرض المـادي جاز للمشتري أن يلجأ للقضاء لإجبار البائع على الإمتناع عن الأعمال التـي تعتبـر تعرضا وإزالة ما يكون قد نتج عنها فعلا من آثار مع تعويض المشتري عن كل مـا لحقه من أضرار نتيجة هذا التعرض و له من أجل ذلك أن يطالـب الحكـم بغرامـة تهديدية عن كل عمل من أعمال التعرض يأتيه البائع كوسيلة لإجباره علـى الإمتنـاع عنه.كل هذا طبقا للقواعد العامة في تنفيذ الإلتزامات. و تسمح هـذه القواعـد نفـسها للمشتري أن يطالب من القضاء فسخ البيع بسبب تعرض البائع له و الذي يعتبر إخلالا بإلزامه ناشئ عن العقد و بذلك يسترد المشتري ما وفّى به من ثمن مع التعويض [2]

و هذا الإلتزام بالتعويض هو ما يسمى بالإلتزام الجزائي، و هذا الإلتزام يـسقط بالتقادم إذا لم يطالب به المشتري في خلال مدة 15 سنة من وقت وجوبه و صـدور حكم به [3] **هذا** على خلاف إلتزام البائع بالضمان (الإلتزام الأصلي) فهو أبدي لا يسقط بالتقادم.

الفـــرع الثاني:أحكام التعرض القانوني الصادر من البائع:

كما سبق وأن قيل فإن البائع ملزم بأن يمتنع عن أن يدعي لنفسه حقا لم يقـرره له لا العقد و لا القانون على الشيء المبيع في مواجهة المشتري، أي أن يمتنـع عـن التعرض للمشتري في الشيء المبيع تعرضا قانونيا إضافة إلى التعرض المادي الـذي سبق التعرض له في الموضوع السابق.

ملاحظة:

هناك من يرى أن التعرض من البائع نفسه للمـشتري لا يمكـن أن يكـون إلا تعرض ماديا و من هؤلاء الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء و الذي يستند في رأيه على

---

[1] - أنظر كل من محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 268، كذلك د. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (البيع و المقايضة) دار النهضة العربية ط 1991، ص 268.

[2] - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 272.

[3] - و هذا الإلتزام الجزائي التزام فوري قابل للتجزئة

" لأن البائع بالبيع المطلق قد تخلى للمشتري عن كل حق في المبيع فلا يقبل بعد ذلـك إدعاء منه بحق في عين المبيع ينقض أو ينقص ملكية المشتري منه إلا بسبب جديـد يتلقى به من المشتري كما لو إشترى مبيعه مجددا من مشتريه، و ذلـك لأن المبـادئ المقررة في الفقه القانوني أن " الضامن لا يستحق " أي لا تقبل منه دعوى الإستحقاق، و بنوا عليه أن من باع ملك غيره ثم ورثه لا تقبل منـه دعـوى الإسـتحقاق علـى المشتري منه. و هذا مبدأ قرره الفقه الإسلامي من قبل في القاعدة العامة القائلة:" **من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"....**" [1].

وأساس هذا الرأي جد معقول و هو يشبه في مجال القانون الإداري حالة ما إذا شاب القرار الإداري عيب جسيم في الإجراءات (إجراءاته الجوهرية) أو في أحـد أركانه الرئيسية ففقدانه للمشروعية قد يجعل منه عمل مادي بحت بعدما كان الأصـل فيه أنه عمل قانوني

لكن و مع هذا يمكن أن يجد المشتري نفسه أمام البائع في دعوى رفعهـا هـذا الأخير ضده يستند فيها البائع على حق يدعيه على الشيء المبيع، فالواقع قد يفـرض علينا و على المشتري مثل هذه الحالات، رغم أن هذا الحق في غالب الأحيـان قـد يكون لا أساس له ولا يعدوا إلاّ أن يكون تعرضا ماديا من البائع **فكيف يكون** موقـف المشتري هنا تجاه البائع؟ إن ما يقوم به البائع في هذه الحالة يعد تعرضا منه للمشتري و إخلالا منه بإلتزامه بعدم التعرض له. **و عليه** يكون للمشتري هنا" الدفع بالـضمان (L'exception de garantie)" و التي تجد أساسها في القاعدة التي مفادهـا " مـن وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض "

فما المقصود بالدفع بالضمان ؟ هي وسيلة دفاع تجد أهميتهـا عنـدما يكـون التعرض الصادر من البائع في شكل دعوى قضائية مرفوعة منه ضد المشتري، و بما أنها مجرد دفع فإنها ليست وسيلة هجوم بل هو إجراء أو تدبير دفاعي الهـدف منـه إيقاف البائع ومنعه من التعدي و ليس إستصدار أو الحصول على سـند أو تعـويض منه.

و يمكن إستعمال هذا الدفع ضد كل من هو ملزم بالـضمان عنـدما يتعـرض للمشتري أو خلفه سواء العام أو الخاص و يكون التعرض في شكل دعوى – كما سبق و أن أشرنا-.

و منه يمكن أن يقدم هذا الدفع ضد الخلف العام للبائع، و كفيل البائع **بينمـا** لا يمكن مواجهة الخلف الخاص للبائع به لأنهم غير ملزمين شخصيا بالإلتزام التعاقـدي الذي إلتزم به البائع **كما** لا يمكن أن يعارض بهذا الدفع البائع نفسه عنـدما يمـارس إمتيازا أو حق خوله له القانون أو العقد لأنه لا وجود للتعرض أصلا في هذه الحالة.

و بما أن الإلتزام بضمان التعرض لا يقبل الإنقسام فان الدفع بالضمان بدوره لا يقبل التجزئة [2]

---

[1] - مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 162، 163 (الهامش).

[2] - Jurés - classeurs - 2 1995 , Vente , Obligation du vendeur (Garantie en cas d'éviction par RAYMOND le Guidec p 12-13

* **و في حالة** ما إذا لم يتمكن المشتري من وقف تعرض البائع و أدى ذلك إلى الحكم للبائع مثلا بإستحقاقه البيع بناء على حق كسبه كان للمشتري أن يطالب البائع بالتنفيـذ بمقابل(التعويض، و هو هنا الإلتزام الجزائي كما سبق القول) بعدما إستحال التنفيـذ العيني و هو " رفض دعوى البائع " **و للمشتري** في جميع الحالات طلب فسخ العقـد لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه بالضمان، و يخضع هذا الطلب طبقا للقواعـد العامـة لمـا للقاضي من سلطة تقديرية. فله أن يقضي بالفسخ أو أن لا يقضي به و ذلـك بحـسب جسامة التعرض و ذلك ما لم يكن هناك اتفاق في العقد يقضي باعتبار العقد مفـسوخا تلقائيا.

المطلب الثاني: الأحكام الاتفاقية الخاصة بالتعرض الشخصي:

قد أشرنا فيما سبق إلى أن أحكام الضمان ليست من النظام العام و أنـه يجـوز للمتعاقدين أن يحلا بإتفاقهما تنظيما خاصا للضمان محل التنظيم القانوني **و في** مجال التعرض الشخصي من البائع نجد نص المادة 378 ف 1 ق.م الذي نص على " **يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الإتفاق على عدم الـضمان، ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك..."** .

و التي نتطرق لحالة واحدة من أحوال الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض، ألا وهي حالة إسقاط الضمان.و الحالتين الأخرتين هما الإتفاق على زيادة الضمان و الإتفاق على إنقاصه **و سوف** نتطرق فيما يلي لها على أن نقسمها إلى حالتين رئيسيتين هما:

* الإتفاق على زيادة الضمان (فرع 1) .
* الإتفاق على إنقاص الضمان (بما في ذلك إسقاطه) (فرع 2).

الفـــرع الأول: الإتفاق على زيادة الضمان:

و هو جائز لا إشكال حوله **و تكون** عندما يريد المشتري الإنتفاع بالمبيع إنتفاعا خاصا. فيتفق مع البائع على ذلك [1] **و مع ذلك** فهذه الحالة جد نادرة من الناحية العملية، ذلك أن في أحكام الضمان القانونية من الكفاية مالا يحتاج إلى مزيد من الشدة لتحقيق الحماية للمشتري، **و بالطبع** الندرة لا تعني الإستحالة فالتشديد يبقى ممكنا. **و ينبغي** أن يراعى أن الإشتراطات المتعلقة بزيادة الضمان لا يجوز أن ترد عامة مبهمة و لكن يتعين أن تكون واضحة و محددة، فالشرط العام " إن البائع ضامن لكل ما يظهر في المبيع ". بهذه العبارة العامة لا تزيد شيئا على أحكام الضمان القانوني

---

[1] ـ و من هذا أن يشترط المشتري على البائع أن يقدم كفيلا بالضمان

و بالتالي لا يمكن اعتبارها تشديدا، و منه يخضع أطرافها لأحكام الضمان القانونية [1] و مما ينبغي الإشارة له أن التشديد قد يشمل سبب الضمان أي التوسيع من مجال مفهوم التعرض الموجب للضمان و قد يشمل أيضا محل الضمان أو آثار و نتائج التعرض كمجال التعويض مثلا و قيمته.

و هنـا نكون أمام شرط هو من قبيل الـشرط الجزائـي (Clause pénale) .
و الذي تحكمه كل من المواد التالية من القانون المدني الجزائري و هي:

م 183 " **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181** "

م 184 " **لا يكون التعويض المحدد في هذه الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.**

- و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كـان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

- و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "

* فالشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض سواء عن التنفيذ أو التأخير فيه ويحصل مقدما قبل وقوع الضرر (أما ما يحصل بعده فهو عقد صلح)

و من خصائص الشرط الجزائي أنه:

1- إلتزام تبعي لإلتزام آخر أصلي هو ما إلتزم به المدين أصلا. و منه كل مـا يلحق الإلتزام الأصلي من بطلان أو أوصاف كالشرط و الأجل.... فإنها تلحق كـذلك الشرط الجزائي.

2- إنه إلتزام إحتياطي (Subsidiaire) لأنه تعويض، و التعويض يكون عند عدم التنفيذ العيني.

3- إنه تقدير جزافي (Forfaitaire) للتعويض لأنه إتفاق مسبق [2].

و مما سبق ذكره و عملا بالقواعد العامة المنصوص عليها في المواد أعلاه، فإنه يحق للقاضي أن يخفض من الضمان الثابت بالشرط الجزائي (أي المقـدار الـذي يمثـل الزيادة المشروطة على الحد القانوني)إذا وجده مبالغا فيه أو أن لا يحكم بشيء منـه أصلا،
و ذلك بحسب وجود الضرر و درجته[3]

و في الأخير يجب الإشارة إلى أنه إذا قام شك حول وجود مثل هـذه الأحكـام الإتفاقية المتعلقة بتشديد الالتزام، فانه عملا بالقواعد العامة للتفسير يتعـين أن يفـسر الشك لمصلحة المدين و هو هنا البائع و ذلك تطبيقا للمادة 112 ق.م.

---

[1] - أنظر ا: سليمان مرقس، المرجع السابق 393، 394.، كذلك الشرقاوي المرجع السابق،ص 305.
RAYMOND le Guidec op. Cit modification conventionnelles p 3

[2] - لمزيد من المعلومات ارجع الى محمد حسنين " الوجيز في نظرية الالتزام " المذكورة سابقا ص 263 إلى 267.

[3] - مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 188

الفــرع الثاني: الإتفاق على انقاص الضمان:

و بما أن إنقاص الضمان قد يصل إلى حد إسقاطه فإننا سوف نـتكلم أولا عـن الإنقاص من الضمان مع الإبقاء عليه أما ثانيا فنتكلم عن إسقاطه .

2) **<u>الإنقاص من الضمان دون إسقاطه:</u>**

الاتفاق عليه صحيح معتبر و مثله الاتفاق على إنقاص ما يـستحق للمـشتري مـن تعويضات. و الشروط المخففة هذه نجدها جد مألوفة في العقـود و كثيـرة الإنتـشار لدرجة أنها صارت شروط دارجة (Clauses de style) **<u>و الإتفاق</u>** عليهـا يكـون عادة صريح و لكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإتفاق ضمنيا يستنتج من شروط العقد و ظروف التعاقد ، و قاضي الموضوع هو الذي يفصل فـي وجـوده أو عـدم وجوده إذا لم يجد ما يقطع في الدلالة عليه. و إن كانت القواعد العامة تقـضي بـأن يفسر الشك لصالح البائع بإعتباره المدين هنا (كما ذكرنا آنفا). **<u>لكن</u>** في حالة مـا إذا ثبتت سوء نية البائع مع وجود هذه الشروط الإنفاقية المخففة لإلتزامه، فهل تبقى هـذه الشروط سارية و صحيحة

و يستفيد منها البائع رغم صدور غش منه و ذلك على حساب المشتري؟

و تنص المادة 377 ف1 و ف3 ق.م على " **يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفـاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه ..... .**

و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير "

إن الفقرة الأولى تتكلم عن القاعدة العامة و هي الجواز أما الفقرة الثالثـة فهـي تتكلم عن الإستثناء و هو البطلان في حالة إذا ما كان البائع سيء النية.

<u>لكن</u> بالتمعن في هذه المادة جيدا نجدها تتعلق بحالة الاتفاقات الخاصة بـضمان تعرض الغير و ليس بضمان التعرض الشخصي فهل يمكن تطبيق أحكام هذه المـادة خاصة أحكام الفقرة الثالثة و الأخيرة منها على أحكام الإتفاقـات المتعلقـة بـضمان التعرض الشخصي ؟ يبدو لي أنه من الممكن تطبيق أحكام هذه المادة خاصة فقرتهـا الثالثة على أحكام الإتفاقات المتعلقة بضمان التعرض الشخصي و ذلك بناء على.:

أ- علمنا مما سبق أن البائع ملزم بضمان تعرض الغير و من باب أولـى فهـو ملزم بضمان تعرضه الشخصي **<u>و عليه</u>** و متى كانت سوء نيته تحرمه مـن الإنتفـاع بتخفيف أحكام الضمان بالنسبة لتعرض الغير للمشتري .فإنه و من باب أولى يجب أن يحرم بسبب سوء نيته من الإنتفاع بالأحكام الإتفاقية المخففة لالتزامه بضمان تعرضـه الصادر منه هو شخصيا.

ب- عملا بالقاعدة الفقهية و القضائية التي مفادها " أن الغش يفسد كل شـيء " فإن من استفاد بتخفيف أو امتياز لصالحه بناء على اتفاق مع الغير و ثبت فيما بعد أن هذا المستفيد قد صدر منه غش أو خطأ جسيم في علاقته مع الطرف الآخـر يتعلـق بإلتزامه القائم بينهما.

فإنه هنا يحرم من هذا التخفيف أو الإعفاء الذي كان من الممكن أن يستفيد منـه لولا سوء نيته أو خطئه الجسيم . **و نجد** تطبيقا لهذه القاعدة في المادة 178 ق.م.ف 2 و 3 .

يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب علـى عـدم تنفيـذ إلتزامه التعاقدي، إلاّ أن ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمـدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقـع مـن أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه - و يبطل كل شـرط يقـضي بالإعفـاء مـن المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي ".

2**- الإتفاق على إسقاط الضمان نهائيا عن البائع**: غير جائز و يكون الإتفاق في هذه الحالة باطلا **و ذلك** لأن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته عن فعله. كمـا لا يستطيع أن يشترط عدم مسؤوليته عن غشه أو عن تقصيره[1]

و على هذا نصت المادة 378 ف 1 ق.م السابق ذكرها وإن كانت تنص علـى حالة نزع اليد
(الإستحقاق) بفعل البائع فهي تشمل أيضا و من باب أولى كل فعل يتعرض به البـائع مباشرة للمشتري[2].

و يرى الأستاذ مصطفى الزرقاء في ذلك إن إشتراط البائع عدم الضمان عندئذ هو غش يتضاعف به سوء نيته فلا يصح أن يكون الغش سبيلا إلى الإعفاء من الغش[3]

المـبحث الثاني

الأحكام الخاصة بالتعرض الصادر من الغير

كما سبق و أن فعلنا في المبحث السابق فإننا سوف نتطرق أولا لخصائص هـذا الإلتزام وهي:

1/ إنه إلتزام بالقيام بعمل:

فهو إلتزام ايجابي فالبائع يلتزم بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير كذلك الإلتزام بضمان الإستحقاق فهو التزام ايجابي يتمثل في دفع تعويض للمشتري.

---

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ص 639 و 640.

(2) - حسنين، عقد البيع، ص 134.

(3) - الزرقاء، المرجع السابق ص 189.

2/ أنه إلتزام بتحقيق نتيجة:

هي ضمان نقل كل الحقوق التي باعها إلى المشتري و منه هو ليس بـالتزام بوسيلة بمعنى أنه لا يعتبر قد وفى به إذا استحق المبيع كله أو جزؤه في النهاية .

3/ عدم قابلية هذا الإلزام للإنقسام:

لأن محله قيام بدفع تعرض الغير . و هذا الإلتزام غير قابل للتجزئة شأنها شأن سائر الإلتزامات بعمل أو بالإمتناع **فلو** باع شخصان عقارا يملكانه على الشيوع لآخر ثم تعرض للمشتري شخص ثالث يدعي بأن له حقا على العقار جاز للمشتري أن يطلب من أي من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان تعرض الغير. و ذلك بدفع تعرضه عن العقار كله وليس فقط بالنسبة لنصيبه فيه، **أما** إلتزام البائع بضمان الإستحقاق فهو إلتزام قابل للإنقسام لأن محله هو دفع مبلغ من النقود.

و عليه فلو أستحق المبيع للغير رجع المشتري بالضمان على كل من البائعين بقدر نصيبه في العقار.

4/ أنه التزام مؤبد:

أي أن البائع يلتزم بشكل مستمر و دائم بالقيام بأي عمل من شأنه أن يدفع تعرض الغير للمشتري **لكن** و عملا بالقواعد العامة إذا تعرض شخص للمشتري وسكت هذا الأخير مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه للمطالبة بحقه في الضمان بالنسبة لهذا التعرض. أما إلتزام البائع بضمان الإستحقاق فهو إلتزام فوري لأنه ينفذ دفعة واحدة من خلال دفع التعويض للمشتري كما أنه قد يرد عليه التقادم.

ملاحظة:

إن ضمان الإستحقاق يعتبر ضمانا إحتياطيا بالنسبة لضمان التعرض إذ لا تبدو الحاجة لإعمال ضمان الإستحقاق إلاّ إذا لم يمكن الإلتجاء إلى ضمان التعرض، أي بمجرد نجاح الغير في تعرضه و الحكم له بما إدعاه من حق على المبيع.

المطلب الأول: الأحكام القانونية الخاصة بضمان تعرض الغير

تجد هذه الأحكام مصدرها في المواد: 372، 373، 374، 374، 375، 376، 378، إضافة إلى القواعد العامة في نظرية الإلتزام مع مراعاة القواعد الخاصة بأحكام عقد البيع **و قبل** التطرق للموضوع بالتفصيل نثير تساؤلا سبق و أن طرحناه في المبحث السابق ألا و هو: من هم أطراف الإلتزام هنا ؟

* **الملزم بالضمان:**

هو البائع ولا يتعدى هذا الإلتزام ورثته أو خلفه العام أو دائنه **أما** كفيل البائع فيكون ملزما مع البائع بضمان تعرض الغير و حتى و لو ظهر فيما بعد أن الكفيل هو

المالك الحقيقي للشيء المبيع فإنه لا يمكنه إسترداد هذه العين لأنه ضامن و من وجب عليه الضمان لا يجوز له الإسترداد [1].
و قد سبق و أن تطرقنا لهذا في المبحث السابق بالتفصيل.

* **الدائن في الإلتزام بضمان تعرض الغير:**

هو المشتري و ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام و كذلك إلى الخلف الخاص ودائن المشتري و بالنسبة لهذا الأخير: إذا باع شخص عينا غير مملوكة له، ثم أستحقت العين في يد المشتري فإن دائن هذا الأخير يستطيع أن يرفع بإسم المشتري دعوى هذا الأخير (المشتري) على البائع بالضمان و يستوفي حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري و لكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائني المشتري حسب قواعد الدعوى الغير مباشرة [2] التي تحكمها نص المادتين 189 و 190 ق.م .

و بعد هذه المقدمة الموجزة نتطرق لمضمون إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير حسب ما نص عليه القانون المدني في المواد المشار إليها أعلاه مع **توجيه الملاحظة** على أنه متى قام سبب الضمان قام إلتزام البائع به و عليه هنا تنفيذ إلتزامه عينا و ذلك بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري يكفّ عن تعرضه و ينزل عن إدعائه فإذا عجز عن التنفيذ العيني، بأن حكم للغير بما يدعيه من حق فقد وجب على البائع أن ينفذ إلتزامه بالضمان عن طريق التعويض و هذا هو ضمان الإستحقاق.

و سوف نتكلم في الفرعين الآتيين عن:

* التنفيذ العيني للإلتزام (فرع 1).
* التنفيذ بطريق التعويض (فرع 2).

الفـــرع الأول: التنفيذ العيني للإلتزام بضمان تعرض الغير

و يسميه البعض[3] بـ " ألتزام الضمان الأصلي " ذلك أنه الإلتزام الأصلي الذي يقع على البائع و ينشأ مباشرة من عقد البيع **و كما** سبق القول فإن هذا الإلتزام مستمر فلا يتم تنفيذه دفعة واحدة بل يتجدد تنفيذه بتجدد الزمن لذلك فهو دائم لا يرد عليه التقادم وهو بطبيعته لا يقبل التجزئة.

و تنص المادة 372 ق.م " **إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت**

---

[1] – السنهوري المرجع السابق ص 654.
[2] – نفس المرجع، ص 657.
[3] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 378.

المناسب و لم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلاّ إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق من الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أنّ التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق"

و المادة 373 ق.م " **إنّ الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري و لو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب و دعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".**

تتكلم هاتين المادتين عن حالة ما إذا رفع الغير دعوى إستحقاق على المشتري يدعي فيها بأنه يملك المبيع كله أو بعضه، أو يدعي حقا على المبيع كحق الرهن أو الإرتفاق أو الإنتفاع أو حق إيجار ....**أو** ينكر فيها حقا للمبيع كحق الإرتفاق ....**وبالتالي** فإن سبب الإلتزام قائم هنا مما يستلزم معه بالضرورة قيام و تحقق إلتزام البائع بضمان تعرض الغير[1].

و على البائع في هذه الحالة أن يبدأ بتنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، **لكن** كيف ذلك ؟.

على البائع أن يدخل في دعوى الإستحقاق إلى جانب المشتري أو أن يحل محله فيها وعليه أن يدفع إدعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصدر حكما برفض دعواه، و متى تم ذلك يكون قد نفّذ إلتزامه بضمان تعرض الغير تنفيذا عينيا[2].

و بالتّمعّن في المادتين المذكورتين سالفا **يتبين لنا** أن القانون قد رسم طريقا يسلكه طرفي عقد البيع يقومان فيه بإجراءات مرتبة و موزعة بينهما فبعض تلك الإجراءات تقع على المشتري و بعضها على البائع و الغاية من ذلك هي حماية المتبايعين و تعاونهما في الدفاع في مواجهة الغير الذي يدعي الإستحقاق، **لأنّ** نتيجة دعوى الإستحقاق في حالة ما إذا حكم للغير بما يدعيه، سلب ملكية المبيع للمشتري أو الإنتقاص من منافعها و ذلك بحسب نوع الحق الذي يدعيه الغير، أما بالنسبة إلى البائع فقد يفسخ عقده مع المشتري وما يتبع ذلك من رد الثمن و تعويضات و قد يلزم بضمان مالي (تنفيذ الإلتزام بطريق التعويض).**إضافة** إلى أنه قد يكون للبائع من الحجج والدفوع ما ليس عند المشتري لذلك كان من المصلحة المشتركة بينهما و من العدل فتح طريق قانوني للتعاون بينهما على حماية حقوقهما و الدفاع عنها كي لا يؤخذ المشتري بسبب جهله بالواقع و خلو يديه من الحجج، ثم لا يفاجأ البائع بقضاء و حكم

---

[1] – أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الإستحقاق على البائع وحده دون إدخال المشتري و صدر الحكم لصالحه لم يكن هذا الحكم حجة على المشتري و منه ليس له أن يرجع بضمان الإستحقاق على البائع (فالبائع لا يمثل المشتري في نزاعه مع الغير لأن كل حقوقه في الشيء المبيع قد إنتقلت إلى المشتري بموجب عقد البيع لذلك فأي دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري) أنظر السنهوري، المرجع السابق ص 663.

[2] – السنهوري المرجع السابق، ص 662 ، 663.

واقع و قد كان لديه ما يدفعه **فإذا** قصر أحدهما في القيام بما عليه من إجراءات حمله القانون نتيجة تقصيره[1].

و عليه متى رفع الغير دعوى الإستحقاق على المشتري وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى إخطار البائع بذلك في الوقت المناسب **و ليس** لهذا الإخطار (أو الإنذار) شكل خاص، فقد يكون مكتوبا أو حتى شفويا و لكن المشتري في هذه الحالة الأخير عبء إثباته **و يكتفي** المشتري بمجرد إخطار البائع بالدعوى دون أن يكون ملزما بإدخاله فيها **مع أنه** لا يوجد ما يمنعه من إدخال البائع في الدعوى كضامن.

و متى أخطر المشتري البائع بالدعوى المرفوعة ضده من الغير **وجب** على البائع أن يتدخل في هذه الدعوى أو أن يحلّ محلّه فيها و ذلك وفق قانون الإجراءات المدنية .

و حتى و لو لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم و علم بها البائع من طريق آخر فإنه يجدر به[2] أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه **و يجوز** كذلك للغير المدعي في دعوى الإستحقاق أن يدخل البائع كضامن في الدعوى (وهذا تطبيقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية خاصة الأحكام المتعلقة بالتدخل والإدخال).

لكن هل يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال البائع في الدعوى كضامن؟

في مصر يجوز ذلك عملا بنص المادة 144 من قانون المرافعات **أما** في الجزائر فلا يوجد نص مماثل **و في** هذا المجال إعتبرت المحكمة العليا في قرارها رقم 21564 في 1981/02/09 " **أن القاضي حكم محايد لا يفصل سوى فيما يعرض عليه من طلبات ولا يتعدى حدودها** " و منه ليس له أن يأمر بإدخال الغير.

و كما سبق و أن أشرنا سابقا فإن البائع متى أخطر بالدعوى يجب عليه التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري (و قد شرحنا ذلك بصورة موجزة) **أو** أن يحل محل المشتري في الدعوى بعد أن يخرج منها هذا الأخير و بذلك يواجه البائع المدعي لوحده، و في الحالتين يتولى البائع دفع إدعاء المتعرض حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن إدعائه أو يحصل على حكم قضائي يرفض هذا الإدعاء و بذلك يكون قد نفّذ إلتزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذا عينيا[3] .

---

[1] – الزرقاء، المرجع السابق، ص 171.

[2] – و إن كان غير ملزم بذلك

[3] – و هنا، لا يكون البائع مسؤولا نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها الغير فهي تعد من قبيل المصروفات الناتجة عن التعرض المادي من قبل الغير ما لم يكن هناك سبب جدي إقتضى رفع دعوى الإستحقاق على المشتري **أما** مصروفات دعوى الإستحقاق فيحكم بها على مدعي الإستحقاق بعد أن خسر دعواه (أنظر السنهوري ، المرجع السابق ص 667)

ملاحظة:

و إذا خرج المشتري من الدعوى و حلّ محله البائع في الدعوى الأصلية فهذا لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المعترض حجة عليه كما أنه يظل خصما في دعوى الضمان[1].

لكن: ماذا لو أهمل المشتري واجبه بإخطار البائع بالدعوى ؟ متى كان ذلك ثم صدر على المشتري حكم للغير المدعي بأحقيته بما يدعيه و حاز هذا الحكم قوة الشيء المقضي به **فإن** هذا الحكم لا يشكل لوحده حجة قطعية للمشتري في الرجوع على البائع لإلزامه بضمان الإستحقاق **بل** يكون للبائع أن يدفع المشتري بحججه و دفوعه التي كان يحق له أن يدفع بها في وجه مدعي الإستحقاق، فإذا أثبت البائع على المشتري أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رد دعوى المدعي تخلّص من الضمان، لأن المشتري هو الذي بإهماله قد عطّل هذه الحجج التي كانت كفيلة برد دعوى الغير فليس على البائع أن يتحمل نتيجة إهماله[2]. **و يرى** الأستاذ السنهوري: أن المشتري لا يمكنه أن يدفع بأن البائع يعلم فعلا بالتعرض ما دام لم يقم هو بإخطاره به في الوقت الملائم، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه و لا يحتاج إلى تدخل البائع لذلك لم يخطره[3].

كذلك: ماذا لو أهمل البائع واجبه في التدخل في الدعوى رغم إخطاره بها من طرف المشتري في الوقت الملائم ؟ يعتبر البائع هنا مقصرا في واجبه القانوني و يفقد حقه في الدفاع **فإذا** قضي حينئذ للغير بما يدعيه حقّ للمشتري الرجوع على البائع وإلزامه بضمان الإستحقاق دون أن يكون للبائع حق الإحتجاج على المشتري بحججه التي تثبت عدم أحقية المستحق بما إدعاه، فقد كان عليه أن يستعمل حججه هذه ضد الغير المتعرض للمشتري لا في وجه المشتري ما دام هذا الأخير قد أنذره بالدعوى المرفوعة ضده في الوقت المناسب و لم يتدخل **لكن و مع هذا** إحتفظ القانون للبائع في هذه الحالة بدفع واحد صيانة لحقه من إحتيال المشتري أو تقصيره "و هو أن يثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري " **لأن** إهمال البائع الدفاع عن نفسه لا يسوغ تحميله نتيجة تدليس المشتري أو خطئه الجسيم[4].

إضافة إلى ما سبق ذكره من حالات، **قد** يتصالح المشتري مع الغير و يقّر لهذا الأخير بما يدعيه دون أن ينتظر صدور حكم قضائي له **فهل يجوز** هنا للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق ؟نصت على هذه الحالة المادة 373 ق.م المذكورة سابقا و تفترض فيها أن المشتري قد أخطر البائع بالدعوى المرفوعة ضده لكن رغم ذلك البائع رفض التدخل في الدعوى مما جعل المشتري يلجأ إلى الإقرار للمدعي بحقه

[1] – السنهوري، المرجع نفسه، ص 668.

[2] – الزرقاء، مرجع سابق ص 173.

[3] – السنهوري، نفس المرجع ص 671.

[4] – الزرقاء، المرجع السابق ص 174.

ويتصالح معه و كان ذلك عن حسن نية منه **أي** عن قناعة منه بحق المدعي لأن حجته فيه ظاهرة **ففي هذه الحالة** لا يمنعه إعترافه أو صلحه مع الغير من مطالبة البائع بضمان الإستحقاق **ما لم** يثبت البائع أن الأجنبي المدعي لم يكن على حق في دعواه وذلك بأدلة حاسمة يتبين معها أن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة **كما** يستطيع البائع – حسب القواعد العامة – أن يثبت سوء نية المشتري عندها يكون له أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات و إضافة إلى هذا يعود هو عليه بالتعويض إن كان هناك مقتض[1].

و إذا كان إقرار المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالحه معه كان مقابل مال أداه المشتري للمتعرض ليكف عن تعرضه، فإنه يجوز للبائع أن يتخلص من إلتزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع مصاريف الخصام و على ذلك نصت المادة 374 ق.م " **عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام** ".

و نختم هذا الفرع بقرار للمحكمة العليا يحمل رقم 36889 مؤرخ في 1986/06/25 و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير، و من المقرر أيضا أنه إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع للبائع أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون.

و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الإستئناف برفضهم إعتراض الغير الخارج عن الخصومة بحجة أن البائع لقطعة أرض محل النزاع يفقده شرط المصلحة يكونوا قد خالفوا أحكام المادتين 371 و 372 ق.م اللتان تلزمان البائع ضمان كل تعرض يقع على المشتري مع وجوب التدخل في الخصومة إلى جانب المشتري "[2].

الفـــرع الثاني: التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الإستحقاق)

الإستحقاق هو أن يظهر بعد البيع حقا للغير على المبيع مهما كان نوع هذا الحق سواء كان حق ملكية أو أي حق آخر[3] و متى ثبت الإستحقاق للغير حرم المشتري من المبيع سواء كليا أو جزئيا **و بمجرد** نجاح الغير في تعرضه و الحكم له بأي حق مما إدعاه على المبيع أعتبر البائع مخلا بإلتزامه بدفع التعرض **و لا يقبل** منه القول بأنه

---

[1] - السنهوري، المرجع السابق، ص 669.

[2] - المجلة القضائية العدد 3 سنة 1992 قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ص 11.

[3] – صديق شياط، المرجع السابق ص 67.

بذل أقصى جهده في دفع هذا التعرض لكنه لم يوفّق في ذلك **لأنّ** إلتزامه هو إلتزام بغاية وليس إلتزاما بوسيلة **و عليه** يقع على البائع تنفيذ إلتزامه بطريق التعويض بعدما لم يستطع تنفيذه عينيا أي يقوم الإلتزام الإحتياطي و هو ضمان الإستحقاق **و منه** يحق للمشتري الرجوع على البائع و مطالبته بالتعويض بحسب ما إذا كان الإستحقاق كليا أو جزئيا.

- **فما هو** مضمون هذا التعويض ؟

1- بالنسبة للإستحقاق الكلي:

تنص المادة 375 ق.م على " **في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: - قيمة المبيع وقت نزع اليد**

- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاّك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.

- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع و كذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

- جميع مصاريف دعوى الضمان و دعوى الإستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

- و بوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر و ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

- كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله ".

أوردت هذه المادة، أنه في حالة الإستحقاق الكلي للمبيع يجوز للمشتري أن يسلك إحدى الطرق الثلاث:

أ/ له أن يطلب فسخ البيع الواقع بينه و بين البائع و ذلك لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه بنقل الملكية.

ب/ له أن يطلب إبطال البيع بإعتبار البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير وذلك عملا بنص المادة 397 ق.م.

ج/ و له كذلك طلب تنفيذ البيع بطريق التعويض أي ضمان الإستحقاق.

و هذه الدعوى الأخيرة هي ما يهمنا هنا، و المادة 375 ق.م قد فصلت عناصر هذا التعويض كما يلي:

للمشتري أن يطالب البائع بما يلي:

1) قيمة المبيع وقت الإستحقاق و هو الوقت الذي رفعت فيه الدعوى، لأن الحكم بالإستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى[1] و ذلك بدلا من رد الثمن الذي دفعه المشتري

---

[1] – السنهوري، المرجع السابق، ص 677.

عند الشراء **و ذلك** لأنه يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد و إبطاله أين يسترد فيهما الثمن.

و قيمة المبيع وقت الإستحقاق قد تختلف عن الثمن الذي دفعه المشتري زيادة أو نقصانا (في حالة نقص قيمة العقار يكون من مصلحة المشتري أن يطالب فسخ البيع أو إبطاله لكي يسترد الثمن الذي دفعه)[1].

و لا يهم هنا حسن أو سوء نية البائع أو المشتري (أي مدى علمهما وقت البيع بسبب الإستحقاق).

2) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي أستحق المبيع: والمشتري ملزم برد الثمار التي قبضها و هو سيء النية أي من اليوم الذي علم فيه بسبب الإستحقاق و ذلك من وقت رفع الدعوى عليه من المستحق المادة 825 ق.م " **لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلاّ من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته إعتداء على حق الغير.**

- و يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة إفتتاح الدعوى ويعد سيء النية من إغتصب حيازة الغير بالإكراه "

أما الثمار التي قبضها و هوحسن النية[2] فلا يلزم بردها إلى المستحق و بالتالي لا يلزم البائع بدفع قيمتها إليه.

3) المصاريف : و هي أنواع:

* المصروفات الضرورية: و هي المصروفات اللازمة لحفظ المبيع و صيانته (ترميم، إعادة بناء حائط آيل إلى السقوط ...) هذه مصروفات تحقق منفعة للمالك و كان سيقوم بإنفاقها حتما لو كان هذا المبيع بين يديه،**لذلك** فالمالك المستحق ملزم بدفعها إلى المشتري سواء كان هذا الأخير سيء النية أو حسنها و عل هذا نصت المادة 839 ف1 ق.م " **على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة ".**

* المصروفات النافعة: و هي التي تهدف إلى الزيادة في قيمة المبيع (قيام ببناء جديد، غرس أشجار مثمرة...) الأصل أن المشتري لن يستطيع الرجوع بها جميعها على المستحق و ذلك عملا بنص المادة 839 ف 2 ق.م التي تحيلنا إلى نص المادتين 784 و785 ق.م المتعلقتان بأحكام الإلتصاق بالعقار و التي تعطي خيارات للمستحق سوف يختار بداهة ما يناسبه و في المقابل فإن المشتري قد لا يسترد كل ما أنفقه **منه** عليه أن يرجع بالفرق على البائع.

---

[1] – محمد حسنين، المرجع السابق عقد البيع، ص 143.

[2] – أنظر نص المادة 837 ق.م ف 1 " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية ".

* المصروفات الكمالية: و هي تلك التي يقوم بها المشتري لا لكي تعود بالنفع على المبيع
و ليس لضرورتها لصيانته أو إصلاحه و إنما يقوم بها لمجرد مزاجه الشخصي و واه.
هذه المصاريف لا يلزم بها المستحق عملا بنص المادة 839 ف3 ق.م و منه يكون للمشتري الرجوع بها على البائع بدعوى الضمان **بشرط** سوء نية البائع أي يعلم وقت البيع بسبب الإستحقاق.
و في مجال المصروفات هناك قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) صادر بتاريخ 1969/06/18 عن الغرفة المدنية جاء فيه " من المبدأ قانونا أن المشتري حسن النية الذي يعطي زيادة مهمة في القيمة للملك المكتسب إثر المصاريف الضخمة التي قدمها له الحق في المطالبة بتعويض مناسب للتحسينات التي أتى بها في الأصل في حال إبطال البيع.
- الحكم بوجه آخر هو إباحة إثراء الغير مستحق لصالح من يسترجع الملك المبيع" [1].
4) مصروفات دعوى الضمان و دعوى الإستحقاق ما عدا ما كان في إستطاعة المشتري إتقاءه لو أنه أخطر البائع بالدعوى طبقا لنص المادة 373 ق.م.

5) للمشتري الرجوع بما فاته من كسب و ما لحقه من الخسائر: و هي عبارة عامة يحيط بكل عناصر التعويض و هي تطبيق للقواعد العامة.

2- بالنسبة للإستحقاق الجزئي:

نقصد به ثبوت ملكية الغير لجزء من العين سواء كان الجزء المستحق مفردا أو حصة شائعة في العين كلها **كما** أنه قد يثبت تكليف على المبيع و المقصود به كل حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد إنتفاع المشتري بالمبيع سواء كان ذلك الحق عينيا كحق الإرتفاق أو الإنتفاع أو الإستعمال أو السكنى أو كان حقا شخصيا كحق المستأجر[2].
و تنص المادة 376 ق.م على " **في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع أو في حالة وجود تكاليف عنه و كانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.**
- و إذا إختار إستبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع " .

---
[1] – قرار منشور في "مجموعة الأحكام (المجموعة الأولى) جزء2 ، وزارة العدل، مديرية التشريع.
[2] – محمد حسنسن، المرجع السابق، عقد البيع ص 146.

بالنسبة لحالة ثبوت وجود تكليف على الشيء المبيع، فإن حق المشتري في الرجوع بالضمان على البائع لا يكون إلاّ في حالة إذا لم يخطر من قبل البائع المشتري بوجوده.

إذا وجب الضمان على البائع، نفرق بين ما إذا كانت الخسارة الناتجة عن الإستحقاق الجزئي أو ثبوت التكليف جسيمة أم غير جسيمة **و معيار ذلك** شخصي: إذ تعتبر جسيمة إذا بلغت قدرا لو كان المشتري قد علم به عند التعاقد لما أتم الشراء **وهذه** مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع و لا تخضع لرقابة المحكمة العليا[1].

أ/ إذا كانت الخسارة جسيمة كان للمشتري الخياربين أمرين:

* إما أن يرد المبيع على البائع و ما أفاده منه مقابل أن يطالبه بالتعويض الكامل كما لو كان الإستحقاق كلي.

* أو أن يستبقي المبيع عنده و يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق الجزئي.

ب/ إذا لم يكن القسم المستحق من المبيع ما كان ليمنع المشتري من الشراء لو علم به قبل العقد فإن حق المشتري عندئذ ينحصر في طلب التعويض من البائع عما لحقه من الضرر بسبب هذا الإستحقاق الجزئي، و ليس له فسخ البيع ورد باقي المبيع[2] (أي أنه يستبقي المبيع عنده).

ملاحظة:

هناك حالة صلح المشتري مع الغير المستحق و التي نصّت عليها المادة374 ق.م وقد سبق التطرق لها في الفرع الأول من هذا المطلب.

المطلب الثاني: الأحكام الإتفاقية الخاصة بضمان تعرض الغير

الإتفاق على تعديل أحكام الضمان للتعرض الصادر من الغير قد يكون بالزيادة أو النقصان لحد إسقاطه **و على** ذلك نصت المادة 377 ق.م على " **يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدان في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه.**

- و يفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

- و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."

و تنص المادة 378 ق.م على " **يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الإتفاق على عدم الضمان و يقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك.**

---

[1] – محمد حسنين المرجع السابق عقد البيع ص 147.

[2] – الزرقاء، المرجع السابق ص 183.

- و إذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلاّ إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد أو أنه إشترى تحت مسؤوليته."

الفـــرع الأول: الإتفاق على زيادة الضمان

و قد سبق التطرق له بالتفصيل في المبحث السابق بما فيه الكفاية لذلك سوف نتطرق لبعض صور هذه الإتفاقات الخاصة بموضوع التعرض الصادر من الغير، فقد يتفق الطرفان على:

- في حالة الإستحقاق مثلا أن يرد المشتري فقط المبيع دون الثمار أو أن يقتضي تعويضا كاملا في حالة الإستحقاق الجزئي دون البحث ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة[1].

الفـــرع الثاني: الإتفاق على إنقاص الضمان

و الإنقاص قد يصل إلى حد إسقاط الضمان

1/ إنقاص الضمان دون إسقاطه: هو إتفاق صحيح معتبر إذا كان البائع حسن النية و باطل إذا كان البائع سيء النية، أي عالما بحق الأجنبي في المبيع و متعمدا إخفاءه عن المشتري.

2/ و أما إذا إشترط البائع عدم الضمان و إتفق على ذلك المتعاقدان، ثم حصل الإستحقاق للغير فهنا نكون أمام فرضين:

* إما أن يكون الإستحقاق ناشئا عن سبب من فعل البائع نفسه **هنا** يكون شرط عدم الضمان باطلا لأنّه يدل على سوء نية البائع.

* إما أن يكون الإستحقاق في المبيع ناشئا عن سبب من فعل الغير **هنا** إن كان البائع سيء النية أي عالما بحق الغير و متعمدا إخفاءه عن المشتري فالشرط باطل والبائع مسؤول بالضمان كاملا (أماإذا لم يكن عالما به فإن مجرد الإتفاق على عدم الضمان صحيح و معتبر لكنه إنما ينصرف إلى التعويضات الزائدة على أصل قيمة المبيع لأن رد قيمة المبيع وقت الإستحقاق يبقى البائع ملتزما به و لو أشترط عدم الضمان **لكن و مع هذا** إذا ورد نص صريح مضمونه الإتفاق على عدم رد قيمة المبيع فهو شرط صحيح ومقبول في هذه الحالة.

غير أن هناك حالتين يعفى فيهما البائع من الضمان كلية بموجب شرط عدم الضمان فلا يلزم برد قيمة المبيع و هما:

---

[1] – محمد حسنين، عقد البيع ص 149.

1/ أن يكون المشتري عالما بسبب الإستحقاق وقت التعاقد و إرتضى مع ذلك شرط عدم الضمان و هذا يعكس إرادته في إعفاء البائع من المسؤولية **و على** البائع عبء إثبات علم المشتري بسبب الإستحقاق وقت البيع.

2/ أن يكون المشتري قد إشترى تحت مسؤوليته أي ساقط الخيار.

- **خصوصية حول حقوق الإرتفاق** و قد جاء ت بها المادة 377 ف ق.م السابق ذكرها –فمتى كان المشتري عالما بوجود إرتفاق على العقار المبيع على إعتبار أن: حق الإرتفاق على المبيع ظاهر **أو** أن البائع أعلمه بوجود هذا الحق في حالة كون الإرتفاق غير ظاهر **فسكوت** المشتري في هذه الحالة يعتبر رضا ضمني منه بإسقاط ضمان البائع (و قد سبق و أن أشرنا إلى هذا في الفصل الأول).

الخـــــــاتمة:

مما سبق ذكره نستخلص أن الإلتزام بضمان التعرض كغيره من الإلتزامات له محل و سبب و أطراف و قد تعرضنا لسببه في الفصل الأول ألا و هو حدوث تعرض للمشتري في الشيء المبيع مما يعكر عليه الإنتفاع به و حيازة هادئة.

أما محله فقد تطرقنا له في الفصل الثاني و هو يمثل مضمون الإلتزام الذي يتعهد به البائع في حالة حدوث التعرض، و هذا الإلتزام كغيره من الإلتزامات إما ينفذ عينا أو بمقابل و خلالها علمنا أن أحكام هذا الإلتزام لها مصدر مزدوج: إرادة الطرفين المتعاقدين كمصدر أول و رئيسي ثم القانون كمصدر ثانوي متى لم يتطرق المتعاقدان لتنظيم أحكام هذا الضمان أو متى كانت بعض أحكامه تتعلق بالنظام العام مما لا يمكن معه للمتعاقدان أن يتفقا على خلافه.

أما أطراف هذا الإلتزام فقد تطرقنا لهم بإختصار في الفصل الثاني كمقدمة لكل مبحث به **و مما نلاحظه** على أحكام هذا الإلتزام أن جلها و إن لم نقل كلها ما هي إلاّ تطبيق للقواعد العامة للقانون، **و بما أنها كذلك** فإنه يمكن أن تكون نظرية عامة تطبق على الكثير من العقود، فرغم وجودها ضمن بعض الخصوصيات المتعلقة بهذه العقود. **فأحيانا** نجد في بعض العقود موادا تنص على هذا الإلتزام أو تشير إليه بصورة عامة دون تفصيل له و دون إحالة إلى نصوص أخرى و مثالها عقد القسمة (رغم أن أثر القسمة هو الكشف عن الحق لا نقله) فالمادة 731 تنص على هذا الضمان دون تفصيل له و لا إحالة.

كذلك عقد الإيجار (رغم أنه عقد لا يتم به نقل الحقوق و إنما ينصب على تخويل المستأجر حقا شخصيا بالمنفعة) في المادتين 483 و 484 ق.م.

و أحيانا أخرى نجد في بعض العقود مواد تحيلنا مباشرة إلى أحكام عقد البيع حول الإلتزام بالضمان و مثالها في عقد الشركة المادة 422 و في عقد المقايضة المادة 415 ق.م...

و في كلتا الحالتين سواء أحالتنا النصوص إلى أحكام عقد البيع حول الضمان أو لم تحلنا فإن قواعد الضمان بعقد البيع هي التي ستطبق على العقود الأخرى فهي بمثابة القواعد العامة.

و هذا لا يعني حتما أن كل العقود تطبق عليها هذه الأحكام، **بل** تطبق فقط على العقود التي تتضمن إلتزاما بضمان التعرض و الإستحقاق **و هي طبعا** ليست كل العقود **بل** هي تشمل تلك العقود الناقلة للملكية أو حتى الناقلة للحيازة و الإنتفاع لا سيما إذا كان العقد من عقود المعاوضات **فمن** هو ملزم بنقل ملكية أو حيازة أو إنتفاع يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الطرف الآخر ملكية أو حيازة هادئة **لكن** هل يمكن أن يكون هذا الإلتزام في عقد من عقود التبرع كعقد الهبة مثلا ؟ حسب القانون المصري فإن

الأصل أن الواهب لا يلتزم بالضمان لأنه يلتزم بنقل الحق بلا عوض و لكنه إذا تعمد إخفاء سبب الإستحقاق أو كانت الهبة بعوض فإنه (الواهب) يلتزم به [1] .

و مع غياب نص مماثل في القانون الجزائري، فإننا نرجع إلى أساس الإلتزام بضمان التعرض، **قد** و أن تطرقنا لأساس هذا الإلتزام سابقا [2] و علمنا أن غالبية الفقه يقول بفكرة " التقابل بين الأداءات " **و على** هذا يقررون أن هذا الإلتزام خاص بعقود لمعاوضات فقط و أنه يستبعد من عقود التبرعات **و منه** و عملا بالقواعد العامة للقانون و مع غياب النص القانوني يمكننا أن نستند على هذا الرأي **مع التذكير** بأنه لا يوجد ما يمنع الواهب و الموهوب له من الإتفاق على إدراج هذا الإلتزام في عقدهما.

---

[1] – جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 264.
[2] – أنظر مقدمة الفصل الثاني.

الملحـــــــق

قائـــمة المراجـــع

باللغة العربية:

1- أنور طلبة " الوسيط في القانون المدني " الجزء 2 العقود المسماة، طبعة 1993.

2- توفيق حسن فرج " الوجيز في عقد البيع " الدار الجامعية،طبعة 1988.

3- جميل الشرقاوي " شرح العقود المدنية (البيع و المقايضة) " دار النهضة العربية، طبعة 1991.

4- سليمان مرقس " عقد البيع عالم الكتب.الطبعة الرابعة 1980.

5- عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " (البيع و المقايضة).المجلد 4، دار النهضة العربية القاهرة.

6- علي هادي العبيدي " شرح أحكام عقدي البيع و الإيجار " المركز القومي للنشر الطبعة الأولى 2000.

7- محمد حسنين " عقد البيع في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 4 سنة 1994.

8- محمد حسنين " الوجيز في نظرية الإلتزام" المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1983.

9- محمد حسن قاسم " الموجز في عقد البيع " دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1996.

10- محمدي سليمان " محاضرات في عقد البيع " مطبوعة لطلبة السنة الثالثة بمعهد الحقوق و العلوم الإدارية ببن عكنون 1997/ 1998.

11- مصطفى أحمد الزرقاء " شرح القانون المدني السوري " العقود المسماة عقد البيع.مطابع فتى العرب الطبعة السادسة- 1965.

12- صديق شياط " ملخص محاضرات في عقد البيع و المقايضة " محاضرات ألقيت على طلبة الحقوق بجامعة البليدة لسنة 1997/1996.

13- ليلى زروقي و حمدي باشا عمر " المنازعات العقارية " دار الهومة،طبعة 2002.

باللغة الفرنسية:

1- Bernard Gross ‘’ La Notion D’obligation de Garantie dans le droit des Contrats ‘’L.G.D et de J.Paris 1964.
2- Raymond le Guidec ‘’ Garantie en cas d’éviction ‘’ et ‘’ Modification conventionnelles ‘’ Juris – classeurs 2. 1995, Vente Obligation du vendeur.

المـجلات الـقضائية:

1- مجموعة الأحكام (المجموعة الأولى) الجزء 2 سنة 1969.وزارة العدل: مديرية التشريع.
2- المجلة القضائية العددالثالث سنة 1992.

النصوص القانونية:

القانون المدني. وزارة العدل.الديوان الوطني للأشغال التربوية 1999.